Die Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes auf die öffentlichrechtlichen Beamten.

Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde
der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Breslau.

Vorgelegt von
Wilhelm Herrmann
Referendar

Breslau 1933.

Gedruckt mit Genehmigung der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Breslau.

Berichterstatter: Prof. Dr. Rosenstock-Hüssy.

Inhaltsübersicht

Vierter Abschnitt.

Der Berufsbeamtenbegriff.

Fünfter Abschnitt.

Ergebnis der Untersuchung.

Literaturnachweis

(Zitiert wird mit dem Namen des Schriftstellers, im Bedarfsfalle mit dem darunter angegebenen Stichwort.)

Anschütz: Verfassung d. Deutschen Reiches, 13. Aufl., Berlin 1930.

Arndt: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Berlin 1901.

Baron: Pandekten, 2. Auflage, Leipzig 1876.

Bendix: Streikrecht der Beamten, 2. Auflage, Berlin-Grunewald 1922.

Brand: Beamtenrecht — Das Beamtenrecht, Rechtsverhältnisse der preußischen Staats- und Kommunalbeamten, 2. Aufl., Berlin 1926.

Brand: Diszipl.-Gesetze — Die preußischen Disziplinargesetze, Berlin 1929.

Brand: RBG. — Die Reichsbeamtengesetze, 3. Auflage, Berlin 1929.

Dankwardt: Der Arbeiter-Vertrag in Iherings Jahrbücher, 14. Bd. (Neue Folge 2. Bd.), 1875, S. 232 ff.

Dernburg: Pandekten, 2. Auflage, Berlin 1889, 2. Bd.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, I. Bd., Mannheim-Berlin-Leipzig, 1930.

Eckstein: Der Beamtenbegriff im privaten u. öffentlichen Recht, Arch. f. öff. Recht, 27. Bd., 1911, S. 487 ff.

Enneccerus: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Schuldverhältnisse, 11. Bearbeitung, Mannheim, 1930.

Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, Tübingen 1928.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen, 1931.

Gerber: Entwickelung und Reform des Beamtenrechts, in Veröffentlichungen d. deutschen Staatsrechtslehrer, 7. Heft, Berlin 1932.

Gerber: Vom Begriff und Wesen des Beamtentums, Arch. f. öff. Recht, 57. Bd., 1930, S. 1 ff.

Gierke: (Dt. Privatrecht) — Deutsch. Privatrecht, 3. Bd. Schuldrecht, München 1917.

Gierke: Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht, Leipzig 1889.

Gierke: Dauernde Schuldverhältnisse, Iherings Jahrbücher, 64. Bd., S. 355 ff.

Gierke: (Wurzeln) — Die Wurzeln des Dienstvertrages, Festschrift f. Brunner, Berlin 1914.

Gönner: Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808.

Hachenburg: Dienstvertrag und Werkvertrag, Mannheim 1898.

Hatschek-Kurtzig: Deutsches Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Auflage, bearbeitet von Dr. Paul Kurtzig, 1. Bd., Berlin 1930.

Hatschek: (Verwalt.-Recht) — Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1927.

Hatschek (Institutionen) — Institutionen des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, Leipzig 1919.

Helfritz: (Grundzüge) — Grundzüge des Beamtenrechts, Berlin 1929.

Helfritz: (Staatsrecht) — Allgemeines Staatsrecht, 2. Auflage, Berlin 1928.

Hellwig: System des Zivilprozeßrechts, 1. Bd.

Herrnritt: Grundlehren des Verwaltungsrechts, Tübingen 1921.

Herzfelder: Gewalt und Recht, München 1890.

Hueck-Nipperdey: (HN.) — Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., 3.—5. Aufl., Mannheim-Berlin-Leipzig 1931.

Jacobi: Grundlehren des Arbeitsrechts, Leipzig 1927.

Georg Jellinek: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, Tübingen 1919.

Walter Jellinek: Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1931.

Kaskel: Arbeitsrecht, Berlin 1925.

Kaskel: Beamtenrecht und Arbeitsrecht, Beamtenjahrbuch, Heft 11, Berlin 1926.

Köttgen: Beamtenrecht, Breslau 1929.

Laband: Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 4. Aufl., 1. Bd., Tübingen-Berlin 1901.

Landmann: Kommentar zur Gewerbeordnung für das deutsche Reich, 2. Bd., 7. Auflage, München 1925.

Loening: Lehrbuch d. deutschen Verwaltungsrechts, Leipzig 1884.

Lotmar: Der Arbeitsvertrag, 1. Bd., Leipzig 1902.
2. Bd., Leipzig 1908.

Otto Meyer: Deutsches Verwaltungsrecht, 2. Bd., 2. Aufl., München-Leipzig 1917.

Melsbach: Deutsches Arbeitsrecht, Berlin 1923.

Menger: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen, 1927.

Georg Meyer: Meyer-Dochow: Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, bearbeitet von Franz Dochow, 1. Teil, München-Leipzig 1913.

Molitor: Arbeitnehmer und Betrieb, Marburg 1929.

Molitor: Das Wesen des Arbeitsvertrages, Leipzig 1925.

Molitor: Zur Geschichte des Arbeitsvertrages, Goldschmidts Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht, 87. Bd., 1924, S. 374 ff.

Molitor-Hueck-Riezler: Der Arbeitsvertrag u. der Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes, Mannheim 1925.

Nikisch: Grundformen: Grundformen des Arbeitsvertrages und der Anstellungsvertrag, Berlin 1926.

Nikisch: Anstellungsvertrag: Der Anstellungsvertrag, Iherings Jahrbücher, 80. Bd., S. 1 ff.

Oertmann: Deutsches Arbeitsvertragsrecht, Berlin 1923.

Potthoff: Wesen und Ziel des Arbeitsrechts, Berlin 1922.

Rehm: Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht — historisch-dogmatisch dargestellt —, Annalen des Deutschen Reiches 1884 und 1885.

Lutz Richter: Arbeitsrecht in Brucker, Die Sozialversicherung, 5. Bd., Berlin 1928.

Rosenstock: Werkstattaussiedlung, Untersuchungen über d. Lebensraum des Industriearbeiters in Verbindung mit Eugen May und Martin Grünberg, Berlin 1922.

Rosenstock: Vom Industrierecht, Festgabe für Xaver Gretener, Berlin 1926.

Schott: Der Mensch und die Arbeit im Recht der Zeiten, Breslauer Rektoratsrede, Breslau 1917.

Silberschmidt: Das deutsche Arbeitsrecht, Einleitung: Das allgemeine Arbeitsrecht, München 1923.

Sinzheimer Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Auflage, Jena 1927.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse I. Teil, 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1930. II. Teil, 9. Auflage, München-Berlin-Leipzig 1928.

Titze: Das kaufmännische Hilfspersonal, Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Leipzig 1918, 2. Bd., S. 560 ff.

Triepel: Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, Leipzig 1911.

Vallbracht: Die personenrechtliche Seite des Arbeitsverhältnisses, Dissertation Gießen 1927.

Wacke: Die Rechtsstellung des kommunalen Dauerangestellten in Preußen, Berlin 1929.

Wacke: Dienstrecht Das Dienstrecht der Behördenangestellten, Berlin 1933.

Waldecker: Entwickelungstendenzen im deutschen Beamtenrecht, Arch. f. öff. Recht, 17. Bd. Neue Folge 1924.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., Düsseldorf 1865

AVGE.: Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes nebst Denkschrift, 28. Sonderheft zum Reichsarbeitsblatt, Berlin 1923.

Dt. Jur.-Ztg.: Deutsche Juristenzeitung.

JW.: Juristische Wochenschrift.

Rdsch. f. KommB.: Rundschau für Kommunalbeamte, Organ d. Verbandes der Kommunalbeamten u. -angestellten Preußens E. V.

Zum Thema.

Die Grundlage für diese Dissertation ist die Betätigung in abhängigem Dienste anderer. In abhängigem Dienste jemandes stehen heißt in einem sachlich begrenzten Wirkungsbereiche den auf Arbeitsleistung gerichteten Anordnungen eines andern zum Gehorsam verpflichtet sein. Solche Arbeit steht im Gegensatz zur Betätigung, die nicht in einem durch fremden Willen beherrschten Wirkungskreise erfolgt, also Gehorsam nicht erfordert (Unternehmertätigkeit).

Zu den heute im Dienste anderer tätigen Personengruppen rechnen nicht nur die Arbeiter und Angestellten, sondern auch die Beamten. Ihre dienstliche Unterordnung ist keine persönlich unbegrenzte Unterwerfung, sondern ebenfalls nur von fremdem Willen geleitete Betätigung in einem sachlich begrenzten Wirkungsbereiche (vielfach Kompetenz genannt). Eine einheitliche Behandlung der Arbeiter, Angestellten und Beamten als Arbeitnehmer schlechthin wird daher schon verschiedentlich gefordert. Ist doch in den letzten hundert Jahren nicht nur der private Arbeiter im Dienste anderer zur Massenerscheinung geworden, sondern auch der Beamte. In seiner Tätigkeit und dienstlichen Stellung unterscheidet er sich in den allermeisten Fällen in nichts von seinen privatrechtlich angestellten Arbeitsgenossen. Es sind heute nicht mehr allein die unmittelbaren Vertreter der Obrigkeit Beamte, sondern Hunderttausende in untergeordneten Stellen, besonders in fiskalischen Wirtschaftsbetrieben als Sekretäre und Obersekretäre, Schaffner, Aufseher, Weichensteller, Briefträger, Boten usw.[1]) Erst im Jahre 1920 hat man 75 000 Arbeiter der Reichsbahn zu Beamten gemacht[2]). Auch in den Gemeindeverwaltungen ist man in den letzten Jahren mit der Verleihung von Beamteneigenschaft recht freigebig gewesen. Dort ist aber auch eine andere Erscheinung höchst beachtenswert: die der sogenannten Dauerangestellten. Diese sind teils nach Beamtenrecht, teils nach privatem Arbeitsrecht zu beurteilen, also offenkundig eine Übergangsform vom privaten zum öffentlichen Angestellten[3]). Es erscheint daher an der Zeit, die Frage zu prüfen, welcher Unterschied denn in Wirklichkeit zwischen Beamten einerseits und Arbeitern und Angestellten andererseits besteht, wenn das Beamtenrecht solcher Ausweitung fähig ist, daß es ganze Arbeiter- und Angestelltengruppen in sich aufnehmen kann, u. Zwischenstufen wie die Dauerangestellten möglich sind.

Es soll daher in dieser Arbeit der Versuch unternommen werden, die Wesensgleichheit aller Arbeit im Dienste anderer aufzuzeigen, gleichviel ob die Arbeit im Dienste des Staates oder von Privaten geleistet wird. Das Grundproblem unseres Themas wird deutlicher hervortreten, nachdem wir einen Blick geworfen haben auf die Entwicklung der Rechtsverhältnisse der in abhängigem Dienste anderer tätigen Personen seit der Zeit, da die Geschichte von deutschem Recht Näheres zu berichten weiß.

---

1) So bereits im Jahre 1901 Arndt, S. 634.
2) Gerber, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums S. 72 Anm. 96.
3) Wacke S. 1 ff.

Erster Abschnitt.

Geschichtliches von der Arbeit im Dienste anderer.

I. Arbeiter und Angestellte.

1. Vom frühen Mittelalter bis zur Rezeption.

a) Im Laufe deutscher Rechtsentwicklung tauchte ein Dienstrecht für freie Leute erst auf, nachdem die Stürme der Völkerwanderung bereits vorüber waren. Neben der großen Neuordnung der politischen Karte Europas war das Ergebnis der Völkerwanderung auch eine gewaltige wirtschaftliche Umwälzung. Die herrschenden Schichten — die Krieger — waren in den Besitz ungeheurer Landmassen gekommen und waren gezwungen, nach Leuten Ausschau zu halten, welche die Verwaltung ihrer Güter zu übernehmen willens und fähig waren, während auf der anderen Seite bei der Neuverteilung des Bodens viele freie Leute übergangen worden waren. Diesen bot sich nun durch den Eintritt in den Dienst der Grundbesitzer Gelegenheit, ihre gefährdete Existenz zu sichern. Das Rechtsverhältnis, das sich nun unter diesen Umständen — es war zur Merowingerzeit—entwickelte anstelle des in der Antike vorherrschend gewesenen Sklavenverhältnisses war der sogenannte Treudienstvertrag. Von diesem sagt Gierke[4]), „daß er allmählich in immer steigendem Maße die Funktionen des entgeltlichen Arbeitsvertrages erfüllte in Ergänzung einseitig auferlegter unfreier Arbeit". Er scheint jedoch mehr zur Vermittelung von Diensten höherer Art gedient zu haben, die zu übernehmen nicht als Schande betrachtet wurde.

Der Treudienstvertrag war ein Vertrag, der in besonderen Formen — Angelobung mit Hand und Mund und Gegengabe — zustandekam. Im Treuversprechen war gleichzeitig das Versprechen zur Leistung von Diensten, also zu persönlicher Betätigung enthalten oder wurde noch besonders abgegeben. Auch eine besondere Vergütung für die geleisteten Dienste konnte ausgemacht werden. Das so geschaffene Verhältnis war allerdings personenrechtlicher Art; denn der Treudiener begab sich nicht nur in die Befehls- und Zuchtgewalt des erwählten Herrn, sondern willigte damit auch in eine Minderung seiner Rechtsstellung nach außen

[4]) Wurzeln S. 42.

ein, da der Herr seinerseits außer der Verpflichtung zum Schutze auch das Recht der Vertretung des Treudieners erhielt (sog. Munt). Das gesamte Verhältnis wurde also, da es das unbedingte Vertrauen des Dieners in seinen Herrn voraussetzte mehr von ethischen als von rechtlichen Momenten beherrscht. Das Wesentlichste am Treudienstvertrage ist aber die Begründung eines Verhältnisses, auf Grund dessen der eine zur Ausnutzung der Arbeitskraft des anderen diesem Befehle zu erteilen berechtigt und der andere zu gehorchen verpflichtet war, wenn er sich nicht der Untreue schuldig machen wollte (sog. Gewaltverhältnis).

b) Der Treudienstvertrag verlor seine Bedeutung und verschwand schließlich gänzlich, als man dazu überging in dem Dienstleistungs- und Vergütungsversprechen das Wesentliche des Vertrages zu erblicken und man sich nicht mehr lebenslänglich zu verpflichten pflegte, sondern sich das Recht ausbedang, unter gewissen Bedingungen auszuscheiden. Damit verwandelt sich der Treudienstvertrag in einen Schuldvertrag; denn die Begebung in die Munt des Herrn und damit eine Schmälerung der eigenen Rechtsstellung unterblieb. Die Munt schwächte zur bloßen Hausgewalt ab[5]).

Als erster voll ausgebildeter Vertrag dieser Art erscheint der Gesindevertrag. Ihn regelt schon das kleine Kaiserrecht und stellt ausdrücklich fest, daß der Herr keine anderen Rechte hat, als der Dienst mit sich bringt[6]). Der Herr erlangte durch den Abschluß des Gesindevertrages für den Dienstbereich eine Befehls- und Zuchtgewalt, oft verbunden mit dem Recht der körperlichen Züchtigung, während das Gesinde zu Gehorsam und Ehrerbietung verpflichtet war. Nur so war es möglich, den Zweck der einen oder mehreren Gesindeverträge, die ein Herr geschlossen hatte, zu erreichen: nämlich die Ausnutzung der Arbeitskraft. Da Art und Gegenstand der einzelnen Arbeitsleistungen im voraus zu bestimmen nicht möglich war, so mußte die Feststellung der jeweils von dem Herrn gewünschten Arbeit diesem durch Zuerkennung der Befehlsgewalt überlassen bleiben. Außerdem war das Gesinde wegen der besonders engen Beziehungen zu ihrem Arbeitgeber stets gehalten, auf das Wohl des Herrn und dessen, was er besaß, bedacht zu sein und Schaden von ihm abzuwenden[7]). Dem stand auf Seiten des Herrn die Pflicht zur Fürsorge für den Arbeitenden, insbesondere im Falle der Krankheit gegenüber. Diese Treu- und Fürsorgepflicht und das starke Abhängigkeits- und Gewaltverhältnis sind die dem Gesindevertrag eigentümlichen Merkmale geblieben bis auf unsere Zeit.

c) Aus dem Gesindevertrag, der allenthalben in Deutschland eine gesetzliche Regelung erfuhr, entwickelten sich im Laufe der Zeit in Anlehnung an die beim landwirtschaftlichen und häuslichen Gesinde gemachten

---

5) Gierke, Wurzeln S. 47.
6) Gierke, Wurzeln S. 45: Eyn iclich man, dem Got beschert, dar er hat gesinde, beide magede und knechte, der enhat keyn recht uber sie dan als vil als im ir dienst gevellet um sinen lon (Kleines Kaiserrecht II, 28)
7) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 25/26.

Erfahrungen auch die Verträge für die Hilfsarbeiter in den anderen damals emporblühenden Erwerbszweigen. Zu nennen sind die Verträge mit dem Schiffsvolk, mit den Kaufmannsknechten (Handlungsgehilfen), den Handwerksgesellen[8]). In alle diese Verträge aber ging das dem Gesindevertrag eigentümliche Gewalt(Befehls- und Gehorsams)verhältnis über, so daß es sich in Wahrheit bei allen diesen Verträgen, die für die besonderen Verhältnisse der betreffenden Gewerbe zugeschnitten sind, nur um Abarten eines und desselben Vertragstypus handelt, nämlich um den des jetzt sogenannten Arbeitsvertrages. Dessen Hauptkennzeichen ist aber, wie noch später gezeigt werden soll, eben dieses Befehls- und Gehorsamsverhältnis, verbunden mit einer bei Schuldverhältnissen über das gewöhnliche Maß hinausgehenden Treupflicht des Arbeitnehmers, der auf der Gegenseite eine besondere Fürsorgepflicht entspricht.

2. Der Einfluß der Rezeption und die Neuzeit.

a) Die Rezeption des römischen Rechts ist auch an dem Arbeitsvertrag nicht spurlos vorübergegangen. Gerade hier hat sie sich besonders unheilvoll auswirken dürfen, ohne daß allerdings der römisch-rechtliche Individualismus im Arbeitsrecht den Sieg davongetragen hätte. Das römische Recht sah in der locatio conductio operarum nur ein einfaches Forderungsverhältnis. Es vernachlässigte vollständig die Eigenart der menschlichen Arbeitskraft als Gegenstand des Vertrages. Anfänglich fand freilich die loc. cond. operarum wenig zu tun vor. Das römische Recht galt allgemein nur als subsidiäre Rechtsquelle und traf bei seinem Eintritt in das deutsche Reich in allen Landesteilen auf ein den gesteigerten deutschen Bedürfnissen gut angepaßtes Arbeits(Gesinde- und Gewerbegehilfen)recht vor. Im übrigen schenkten die Juristen gerade der Regelung des Arbeitsverhältnisses bis zum 18. Jahrhundert nur wenig Aufmerksamkeit[9]). Das preußische allgemeine Landrecht regelte den Gesindevertrag in Anerkennung seiner personenrechtlichen Wirkungen im Rahmen des Familienrechts. Erst im 19. Jahrhundert konnten sich im Anschluß an das siegreiche Vordringen der liberalistischen Rechts- und Wirtschaftslehren auch die römisch-rechtlichen Anschauungen über das Arbeitsverhältnis auswirken. Man begann den der Theorie nach dem Arbeitgeber völlig gleichstehenden Arbeiter als Verkäufer der Ware „Arbeitskraft" anzusehen[10]) und glaubte daher, den Arbeitsvertrag von den die Persönlichkeitsrechte beengenden Beziehungen befreien zu müssen, weil ein so aller persönlichen Rücksichten bares Arbeitsverhältnis den Anforderungen und Wünschen des frühkapitalistischen Unternehmers am weitesten entgegenkam und ihnen leicht die Möglichkeit bot, das Krisen-

---

8) Gierke, Wurzeln S. 47.
9) Grünberg bei Rosenstock Werkstattaussiedlung S. 192.
10) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 28/29.

risiko auf die Arbeitnehmer abzuwälzen. Darum ist der Arbeitsvertrag — in jener Zeit Dienstmiete genannt — bei den Romanisten eine reine Obligation wie Kauf und Tausch und sie kommen in ihrem Historismus über die Betrachtung Miete-Dienstvertrag als Rechtszwillinge nicht hinaus[11]). Die krasseste Auswirkung dieser Ideen zeigt sich im code civil Napoleons. Dort ist neben ausführlichen Bestimmungen über die Sachmiete die Arbeitsmiete in einem einzigen Paragraphen behandelt, der auf die Sachmiete verweist[12]). In Wirklichkeit aber hatte sich an dem Wesen des Arbeitsverhältnisses gar nichts geändert. Im Gegenteil! Die kapitalistische Epoche zeitigte Erscheinungen, die das Wesen des Arbeitsverhältnisses erst in das rechte Licht rückten: Massenbeschäftigung in Fabriken, in denen der einzelne ein untergeordnetes Glied des Ganzen werden mußte. Hier wurde der Arbeiter erst recht in ein Gewaltverhältnis, eine Herr-und-Diener-Beziehung hineingezwungen, weil das in der Natur der Sache liegt. Was sich änderte, war die Stellung des Arbeitgebers, dessen Macht über den Arbeitnehmer im Zeitalter des wirtschaftlichen Liberalismus ins Ungemessene wuchs[13]). Gerade in dieser Zeit, die den „freien Arbeitsvertrag" zur politischen Forderung erhob, näherte sich am meisten das Arbeitsverhältnis dem Sklavenverhältnis[14]), insbesondere weil in den rasch sich entwickelnden Industrien das Interesse des Arbeitgebers an dem persönlichen Schicksal des Arbeitenden vollkommen schwand, für das sich unter der Herrschaft deutscher Rechtsgedanken der Arbeitgeber verantwortlich gefühlt hatte.

Beinahe wäre die römische Rechtsauffassung vom Arbeitsvertrage voll und ganz in das BGB. eingedrungen, wenn sich Gierke[15]) nicht so energisch eingesetzt hätte für die Beachtung deutscher Rechtsgrundsätze und nicht Folgerungen hätte gezogen wissen wollen aus der Tatsache, daß in Wahrheit jedes Arbeitsverhältnis persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit schafft und darum Rücksicht auf die Persönlichkeit (Leben, Gesundheit, Religion, Sitte, Freiheitsbedürfnis) des Arbeitenden verlangt, und daß diese Rücksichten nur gewährleistet sind, wenn der „freie" Arbeitsvertrag verschwindet und der Staat seine starke Hand schützend über den Arbeiter hält. Der Erfolg waren einige Schutzbestimmungen zugunsten des Arbeiters inbezug auf die Arbeitsstätte, die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und die Entlassung (§§ 617, 618, 621—625 BGB). Die Erkenntnis, daß das Arbeitsverhältnis ein Gewalt- und Treuverhältnis ist, hat sich aber trotz dieser offensichtlich ungenügenden Regelung im BGB. in Wissenschaft und Rechtsprechung weitgehend durchgesetzt[16]).

---

11) Windscheid § 399—400. Baron S. 458. Dernberg S. 300. Dankwardt S. 232.
12) Grünberg bei Rosenstock in Werkstattaussiedlung S. 191.
13) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 28.
14) Grünberg a. a. O.
15) Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches S. 104/105.
16) Siehe Seite 39 dieser Arbeit.

Eine umfassende Regelung hat also der Arbeitsvertrag im BGB. nicht erfahren. Es blieb bei der deutschrechtlichen Überlieferung der konkreten Sonderregelung. Daher findet sich das deutsche Arbeitsrecht weit zersplittert im Bürgerlichen Gesetzbuch, in der Gewerbeordnung, der Seemanns- und Landarbeitsordnung, im Berggesetz, im Handelsgesetzbuch usw. Die einheitliche Zusammenfassung aller Sondergebiete unter neuen, den jetzigen Verhältnissen Rechnung tragenden Gesichtspunkten bleibt dem in Aussicht genommenen Arbeitsvertragsgesetz vorbehalten.

II. Beamte.

1. Deutsches Mittelalter.

Sofern man unter Beamten ganz allgemein Personen versteht, die in einem öffentlichen Gemeinwesen mit Verwaltungsaufgaben im weitesten Sinne betraut sind und vornehmlich den Staat oder dessen persönliche Verkörperung vertreten, so darf man bei der geschichtlichen Betrachtung des deutschen Beamtenrechts schon bei den Amtspersonen des mittelalterlichen Ständestaates beginnen. Da das deutsche Mittelalter keinen einheitlichen Staatsbegriff im heutigen Sinne kannte, so müssen innerhalb der Amspersonen des Mittelalters zwei große Gruppen unterschieden werden: die Dienstleute der Landstände und die der Landesherren. In Wirklichkeit waren beide Gruppen auch in der Ausübung obrigkeitlicher Befugnisse für ihre Herren Privatbedienstete; denn eine Scheidung von privatem und öffentlichem Recht ist jener Zeit unbekannt und selbst obrigkeitliche Rechte waren Privatrechte der Grund- und Landesherren. Das Rechtsverhältnis dieser „Beamten" ist daher auch ein rein privatrechtliches Dienstverhältnis gewesen[17]). Es ist mit dem Gesindeverhältnis jener Zeit nicht nur verwandt, sondern selbst ein solches, wenn auch gehobener Art. Es läßt sich noch unmittelbar bis auf das Treudienstverhältnis zurückverfolgen, da das Treudienstverhältnis mehr zur Vermittelung von Diensten höherer Art gedient hat. Diese mittelalterlichen Beamten waren der Befehlsgewalt ihrer Herren unterworfen und gelobten in der Regel mit einem Eide Treue und Amtsverschwiegenheit[18]), standen also in einem Gewalt- und Treuverhältnis.

2. Der Beamte im modernen Staat.

Das Wort „Beamter" taucht aber, wie Gerber[19]) nachgewiesen hat, erst im 16. Jahrhundert auf und bis zum Ende des 18. Jahrhunderts bezeichnete man damit Personen, „welche für den Landesherrn die niedere Gerichtsbarkeit und Verwaltung dort führten, wo dieser als Grund-

---

17) Loening S. 109.
18) ebenda.
19) Vom Begriff und Wesen des Beamtentums S. 9 ff.

eigentümer auf gleicher Stufe mit den übrigen Grundherren Inhaber obrigkeitlicher Befugnisse war“[20]). Der heute allgemein gefaßte Beamtenbegriff — berufliche Amtsperson in einem öffentlichen Gemeinwesen — bildete sich erst im Anfang des 19. Jahrhunderts, indem er die bis dahin noch im ALR. verwendeten Ausdrücke „Staatsdiener, Militär- und Zivilbedienstete“ verdrängte[21]).

Während des Überganges vom alten Ständestaat zum modernen Obrigkeitsstaat schwankten die Ansichten der Juristen über die Rechtsnatur des Staatsdienerverhältnisses. Man versuchte nacheinander alle nur möglichen Institute des römischen Rechts: precarium, locatio conductio operarum, mandatum, contractus innominatus, bis man schließlich von einem Staatsdienerverhältnis sui generis redete[22]). Wie wenig gefestigt das Staatsdienerverhältnis damals war, erkennt man daran, daß es bis zum Ende des 18. Jahrhunderts allgemein keinen Entlassungsschutz gab und auch keinen Anspruch auf Pension. In Preußen nahm Friedrich der Zweite das Recht für sich in Anspruch, überzählige Beamte auch ohne Pension zu entlassen. Er erhöhte die Gehälter und setzte sie herunter je nach dem Stand der wirtschaftlichen Verhältnisse[23]). Unkündbarkeit, Pensionsberechtigung und Hinterbliebenenversorgung sind erst eine Errungenschaft der letzten 150 Jahre.

Mit dem Siege des modernen Staatsgedankens, der eine völlige Trennung von öffentlichem und privatem Recht mit sich brachte, trat auch die juristische Betrachtung des Verhältnisses des Staates zu seinen Dienern in ein einigermaßen festes Stadium. Seit Gönner, der in seiner Schrift „Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet“ (Landshut 1808) alle privatrechtlichen Auffassungen des Staatsdienerverhältnisses scharf bekämpfte, steht man einmütig auf dem Standpunkt, das Beamtenverhältnis sei ein öffentlich-rechtliches Dienst(Gewalt- und Treu)verhältnis. Dem ist nicht zu widersprechen. Auch die Rechtsverhältnisse der Beamten sind seit dem ALR. überall im öffentlichen Recht geregelt. Gönner ging bei seiner Betrachtung von der Annahme aus, der Untertan sei dem Staat vollkommen unterworfen, und der Staatsdienst sei daher eine Staatslast wie die Steuern auch[24]). Das Dienstverhältnis gründe sich daher auf die Untertanenpflicht und die Staatsgewalt[25]). Deshalb erfolge die Begründung des Staatsdienerverhältnisses nicht durch Vertrag, sondern durch einen einseitigen Hoheitsakt[26]). Der Staat als übergeordnete Macht könne ein privates Ver-

---

20) Gerber, ebenda S. 16.
21) Gerber, ebenda S. 16.
22) Eine ausführliche Schilderung dieses Anschauungswandels findet sich bei Rehm, Annalen 1884 S. 582—629.
23) Brand, Beamtenrecht S. 2.
24) Gönner S. 49.
25) ebenda S. 27 ff.
26) ebenda S. 83.

tragsverhältnis mit seinen Bürgern nicht eingehen; er könne sie nur beherrschen. Man sah also seither die Unterwerfung des Beamten als einen Ausfluß der Staatsgewalt an. Seit der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts wird allerdings die Freiwilligkeit des Beamtendienstes wieder in den Vordergrund gerückt[27]). Trotzdem hält man bis heute daran fest, die Begründung des Staatsdienerverhältnisses geschehe durch einseitigen Verwaltungsakt auf Unterwerfung.

Beim Eintritt des Beamten in den Staatsdienst handelt es sich zweifellos um einen Unterwerfungsakt. Der Beamte ist im Rahmen der Gesetze zu unbedingtem Gehorsam gegenüber den Dienstbefehlen verpflichtet. Bei Verfehlungen im Amte drohen ihm Rügen, Geldstrafen und Entlassung. Früher durfte sogar Arrest über ihn verhängt werden[28]). In dieser Unterworfenheit des Beamten unter seine Vorgesetzten und der strengen Dienstzucht offenbart sich am deutlichsten die Herkunft des Beamtenverhältnisses vom Gesinde- und Treudienstverhältnisse, in denen auf eine strenge Handhabung der Zucht und der äußeren Anerkennung der Unterordnung des Bediensteten unter seinen Herrn gesteigerter Wert gelegt wurde. Daraus erklärt sich auch weiter die immer wieder gehörte Behauptung, das Beamtenverhältnis sei ein personenrechtliches Verhältnis. Bis zur Staatsumwälzung trug ja auch das Beamtenverhältnis gewisse personenrechtliche Züge. Der größte Teil der Beamten war einem Fürsten unmittelbar zu Treue verbunden und erblickte in ihm seinen Herrn, der den Beamten ohne Rücksicht auf seine Dienststellung nach Laune auch zur unmittelbaren persönlichen Bedienung heranziehen durfte. Bis zu ihm persönlich reichte formell wenigstens das Beschwerderecht des einzelnen Beamten. Dieser persönlichen Note ist jetzt das Beamtenverhältnis völlig bar. Heute ist Beamtendienst der innerhalb eines sachlich abgegrenzten Wirkungsbereiches zu leistende Behördendienst. Trotzdessen ist das Beamtenverhältnis ein Unterwerfungsverhältnis; denn der Beamte ist weiterhin zu Gehorsam gegen die dienstlichen Anordnungen seiner Vorgesetzten verpflichtet. Auch seine Treupflicht hat sich in nichts geändert. Er schuldet sie in gleichem Maße dem Staate wie ehedem.

III. Zusammenfassende Betrachtung.

Der heute zur Massenerscheinung gewordene Beamte ist in den großen Verwaltungsbetrieben fast ausnahmslos nicht unmittelbar ein selbständiges Organ der Verwaltung. Im Dienst ist er nicht eine einzelne selbständige Persönlichkeit, sondern nur ein kleines Glied in dem Betriebsorganismus. Er wird genau so wie der neben ihm tätige Arbeiter und Angestellte in allen seinen dienstlichen Verrichtungen von diesem Gesamt-

---

27) vergl. Rehm, Annalen 1884 S. 672.

28) In Preußen ist eine dahingehende Vorschrift (sie bezog sich allerdings nur auf untere Beamte) erst durch Gesetz vom 25. 3. 1917 (Ges.S. S. 49) beseitigt worden.

organismus beherrscht. Ihm hat er sich bedingungslos einzuordnen. Mag es auch richtig sein, daß der Beamte von einer anderen Ebene her in diesen seine Persönlichkeit verschlingenden Apparat hineingeraten ist, — denn er kommt unmittelbar vom Gesinderecht her, während den neben ihm tätigen Arbeitern und Angestellten die Erinnerung an die schrankenlose Herrschaft des „freien" Arbeitsvertrages noch frisch ist, — im Betrieb, an der gemeinsamen Arbeitsstätte, erweist sich doch auch die Gemeinsamkeit der Grundlagen ihrer Rechtsverhältnisse:

Der Betrieb spannt sie in gleicher Weise in das nämliche Befehls- und Gewaltverhältnis, legt ihnen gleichgerichtete Treupflichten auf und zwingt sie so, die Wesensübereinstimmung ihrer Rechtsverhältnisse anzuerkennen.

Die Erkenntnis, es handele sich beim Arbeitnehmerverhältnis im üblichen Sinne um ein Gewaltverhältnis, war bislang noch nicht gekommen, während sie eigenartigerweise inbetreff des Beamtenverhältnisses sogar im Zeitalter des krassesten Liberalismus niemals verloren gegangen ist. Die Entwickelung, welche in den letzten Jahrzehnten die Rechtsverhältnisse der im abhängigen Dienste anderer tätigen Personen genommen haben, hat die grundsätzliche Gleichheit dieser Rechtsverhältnisse wieder aufgezeigt.

Wegen rein äußerlicher Unterschiede hat man lange genug geglaubt, auch eine innere Wesensverschiedenheit anerkennen zu dürfen. Freilich lassen sich zwischen Arbeitern, Angestellten und Beamten nach der heute geltenden Regelung nicht in allen Punkten Parallelen ziehen. Nicht jede Rechtseinrichtung des Arbeitsrechts findet ein Analogon im Beamtenrecht und umgekehrt auch nicht. Von diesem Umstande glaubt Kaskel[29]) in seiner Abhandlung „Beamtenrecht und Arbeitsrecht" ausgehen zu können. Indem er einfach sämtliche Rechtseinrichtungen des Arbeitsrechts, von der sozialen Versicherung angefangen bis zum Tarifrecht und Schlichtungswesen auf ihre Anpassung auf die Beamten untersuchte, kam er zu dem bei dieser Methode gewiß richtigen Schluß, Beamte auf der einen und Angestellte und Arbeiter auf der anderen Seite seien unvereinbare Begriffe. Der von Kaskel eingeschlagene Weg kann aber nicht zur Lösung des Problems, um das es hier geht, führen, weil dabei Nebenerscheinungen zum Mittelpunkt der Betrachtungen gemacht werden, d. h. Rechtseinrichtungen, die ihre Ursache in den jeweils wechselnden wirtschaftlichen und politischen Verhältnissen haben, nicht aber unmittelbar darin, daß überhaupt jemand in abhängigem Dienste bei einem andern steht. Die Betätigung freier Menschen im Dienste anderer ist aber eine Erscheinung, die wir bereits seit einem Jahrtausend kennen. Die Sondereinrichtungen, mit denen heute die eine solche Betätigung regelnden

[29]) Beamtenjahrbuch, Heft 11, Berlin 1926.

Rechtsinstitute versehen sind, wie Schutzgesetze, Arbeitszeitbestimmungen, Tarifverträge, Schlichtungswesen, Arbeitsgerichte, Pensionsberechtigung, Unkündbarkeit, Disziplinargerichte, Betriebsräte und soziale Zwangsversicherungen sind nur nach den Zeiten und Umständen wechselnde Ergänzungen des arbeitsrechtlichen Grundverhältnisses. Sie sind auch heute noch nur Naturalia und Akzidentalia, die um den festen unveränderlichen Kern des arbeitsrechtlichen Rechtsgeschäfts — mag es privat- oder öffentlichrechtlich sein — sich herumgruppieren. Das charakteristische Essentiale des Arbeitsverhältnisses ist im Laufe der bereits Jahrhunderte währenden geschichtlichen Entwickelung unverändert geblieben: nämlich die Begebung in ein Gewalt(Befehls- und Gehorsams)verhältnis und die Begründung von Treupflichten. Diese Tatsache spricht am besten für die Richtigkeit der in dieser Abhandlung eingenommenen Stellung zum Problem. Darum wird diese Dissertation auf dieser Erkenntnis aufbauen.

Zweiter Abschnitt.

Das Gewaltverhältnis als allgemeiner Rechtsbegriff.

I. Allgemeines von den Rechten, die sich auf Personen erstrecken.

Es war in dem geschichtlichen Überblick ständig davon die Rede, daß für das Arbeitsverhältnis typisch die Begründung eines Gewaltverhältnisses sei. Um Klarheit darüber zu gewinnen, inwiefern sich das Gewaltverhältnis von ähnlichen Rechtsbeziehungen zwischen Personen unterscheidet, sollen erst einmal die rechtlichen Gewaltverhältnisse im System der Rechtsverhältnisse überhaupt dargestellt werden.

Jedes subjektive Recht in der privaten und öffentlichen Sphäre, das sich auf eine Person erstreckt, erzeugt für den Berechtigten eine gewisse Macht über den Willen des anderen. Bei der mannigfachen Verschiedenheit dieser Rechte gibt es natürlich eine ganze Reihe von Möglichkeiten, Klasseneinteilungen vorzunehmen. Aber für den Zweck dieser Arbeit, in der Rechtsverhältnisse dargestellt werden sollen, deren Gegenstand die vom Willen eines anderen abhängige Arbeit ist, erscheint es angebracht, den Einfluß des Willens des Verpflichteten auf seine rechtliche Bindung zum gruppenbildenden Moment zu erheben. Danach sollen die Rechtsverhältnisse, die sich auf Personen erstrecken, geschieden werden in solche, bei denen die Willensäußerungen des Berechtigten den anderen rechtlich verpflichten infolge seiner vorher abgegebenen gleichlautenden und genau bestimmten Zustimmungserklärung, und in solche, bei denen die Willensäußerungen des Berechtigten einseitig und selbständig Rechtswirkungen erzeugen auch gegen den Willen des andern. Das ist aber nicht zu verwechseln mit der Frage, ob die betreffende Rechtsbeziehung durch Vertrag oder ohne solchen zustande gekommen ist.

Es handelt sich vielmehr um einen Unterschied, der schon äußerlich durch die wesensverschiedenen Willenskundgebungen „Forderung — Befehl" zum Ausdruck kommt. Es ist durchaus ein Unterschied, ob ich etwas fordern, oder ob ich etwas befehlen darf. Doch liegt dieser Unterschied nicht etwa im Ton, in dem man sein Recht geltend macht, obwohl er gerade darin häufig zum Ausdruck kommen wird, sondern in der Verschiedenheit ihrer Rechtsquellen und Rechtswirkungen. Die Geltendmachung einer Forderung hat nur Rechtswirkung, wenn ihr der Wille

des Verpflichteten bereits inhaltsgleich bestimmt zugrunde liegt, soweit nicht das Gesetz diesen unmittelbar ersetzt (z. B. bei den obligationes ex delicto). Befehle dagegen bewirken eine rechtliche Verpflichtung des Unterworfenen ohne Rücksicht auf dessen Willen und schaffen neue Verpflichtungen im Rahmen des Verhältnisses, in dem sich der Berechtigte zum Verpflichteten befindet; denn „Befehl ist eine auf einem Abhängigkeitsverhältnisse beruhende Willenserklärung, durch die das Verhalten des Unterworfenen bindend bestimmt werden soll“[1]).

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen werden, lassen sich auf diese Weise alle Rechte, die sich auf Personen erstrecken, einteilen in Rechte gegen Personen (Forderungsrechte) und in Rechte über Personen (Gewaltrechte)[2])[3]). Dieser Unterschied fällt mit einem anderen gruppenbildenden Moment zusammen, nämlich mit der Antwort auf die Frage, ob der Gegenstand des Rechtsverhältnisses ein außerhalb der rechtsverbundenen Personen stehendes Drittes (Sache oder Recht) ist, oder ob in das Verhältnis die Personen ganz oder zum Teil selbst mit hineingezogen sind.

II. Forderungsrechte.

Von den Rechten, welche sich auf Personen erstrecken, sind die reinen Forderungsrechte Rechte g e g e n Personen, weil durch sie ein ausschließliches Gläubiger- und Schuldnerverhältnis hergestellt wird. Das ist ein Verhältnis, bei dem die Macht des Berechtigten allein in dem bereits vorher deutlich und bestimmt geäußerten Willen des Verpflichteten seine Grundlage hat, soweit ihn das Gesetz nicht unmittelbar ersetzt, z. B. bei Forderungen aus unerlaubter Handlung. Diesen einfachen Forderungsverhältnissen, beispielsweise Kauf, Tausch, Vertrag mit Arzt und Rechtsanwalt, Werkvertrag, ist daher wesentlich, daß der Wille des Berechtigten gegenüber dem andern niemals über das hinaus rechtlich wirksam sich geltend machen kann, als was eben die übernommene Verpflichtung gerade besagt.

Dagegen spricht auch nicht das sog. Leitungs- oder Direktionsrecht des Bestellers. Beim Werkvertrag hat es seine Regelung in § 645 BGB. gefunden, ist aber auch bei Dienstverträgen vorhanden; denn Werk- und Dienstverträge sind von vornherein mit dem Inhalt abgeschlossen, daß der Besteller oder Dienstberechtigte seinerseits Anordnungen geben darf, welche die Art und Weise des übernommenen Arbeitsgegenstandes

[1]) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 64.
[2]) so auch Rehm, Annalen 1885 S. 146.
[3]) Hellwig. System des Zivilprozeßrechts, S. 224: Es lassen sich die Rechte über Personen nur durch einseitigen Akt ausüben, durch den die Verpflichtung des Beherrschten konkret und ohne dessen besondere Zustimmung festgelegt wird, während die Ausübung eines Forderungsrechts nur durch Annahme der Leistung mit dem gewünschten Rechtserfolg sich vollzieht, z. B. beim Kauf durch Uebergabe der Kaufsache und Eigentumsübergang.

betreffen. Dadurch wird aber der Umfang der von Anfang an dem Verpflichteten obliegenden Rechtspflichten nicht erweitert. Es wird vielmehr damit eine ohnedies bestehende Verpflichtung in ihren Einzelheiten näher festgelegt, da bei Vertragsschluß die übernommene Dienstverpflichtung oder das zu liefernde Werk in der Regel nicht bis ins kleinste Detail besprochen und vereinbart werden kann. Deshalb muß die Befugnis der Ergänzung dem Besteller überlassen bleiben, der ja das größere Interesse an dem Arbeitsergebnis hat. Doch erstreckt sich die Leitungsbefugnis nur auf den konkret ausgemachten Arbeitsgegenstand des Dienst- oder Werkvertrages, also z. B. auf die zu liefernde Maschine, das zu bauende Haus oder den zu führenden Prozeß. Darum kann von einem Leitungs- oder Direktionsrecht dort keine Rede sein, wo konkrete Leistungsgegenstände gar nicht vorhanden sind, auf die allein der Dienst sich erstrecken könnte. Das ist dort der Fall, wo nur Arbeit schlechthin versprochen wird, weil sich der Gegenstand der Arbeit nicht im voraus bestimmen läßt wie bei den Verträgen der Arbeiter und Angestellten und beim Beamten. Die klare Abgrenzung der Verpflichtung auf einen außerhalb der Vertragspersonen liegenden Gegenstand erfordert daher immer, daß diese Verpflichtung im vorher geäußerten Willen wurzelt, soweit ihn nicht das Gesetz besonders ersetzt. Sie schließt aber auch weiter eine Beschränkung der persönlichen Freiheit des Verpflichteten aus, da der Leistungsgegenstand die Person des Verpflichteten höchstens mittelbar berührt. Es können daher Verfügungsbefugnisse über eine Person im Rahmen von reinen Forderungsverhältnissen nicht entstehen, da die Persönlichkeit des Verpflichteten außerhalb des Rechtsverhältnisses bleibt. Der Ausdruck „Rechte gegen Personen“ ist darum für reine Forderungsverhältnisse angebracht.

III. Echte Gewaltverhältnisse.

1) Zu den Rechten über andere Personen gehören vielmehr diejenigen Befugnisse, die aus Verhältnissen entspringen, in denen ein Mensch — gleichgültig ob mit oder ohne seinen Willen — in rechtlicher Abhängigkeit unter einem andern steht. Unter Abhängigkeit wird hier die Möglichkeit verstanden, Einschränkungen seiner persönlichen Freiheit — also der Eigenmächtigkeit und Selbstbestimmung über Tun und Lassen, Zeit, Raum und Lebensgestaltung — sich gefallen lassen zu müssen durch einseitig ergangene Willensäußerungen eines andern, den wir Gewalthaber nennen.

2) Solcherlei Gewaltverhältnisse gibt es überall in Menge und in den verschiedensten Abstufungen der Freiheitsbeschränkungen. Der Teilnehmer einer öffentlichen Versammlung untersteht der Hausrechtsgewalt des Versammlungsleiters, der Börsenbesucher muß sich den Anordnungen des Börsenvorstandes fügen genau so, wie der Klient in einer Heilanstalt

der Hausordnung unterworfen ist. Ueber den Passagier auf dem Schiff hat der Kapitän eine ausgedehnte Ordnungsgewalt. Der Dienstbote muß die Befehle der Dienstherrschaft, der Handlungsgehilfe die Anordnungen seines Prinzipals, der Beamte die Verfügungen der Vorgesetzten ausführen. Das Kind ist dem Vater Gehorsam schuldig im Rahmen der väterlichen Gewalt — er bestimmt Namen, Aufenthalt und Erziehung des Kindes —, der Gefängnis- und Zuchthausinsasse ist vollständig in der Hand der Strafvollzugsbehörde, die gänzlich allein sein Leben gestaltet. Auch der Staat befiehlt seinen Untertanen, und sie müssen sich fügen. Eine ganz besonders große Gewalt übt in Heer und Flotte der Vorgesetzte über seine Untergebenen aus.

3) Wie man erkennt, sind das alles Rechtsverhältnisse, in denen der Verpflichtete ganz im Gegensatz zu den reinen Forderungsverhältnissen eben gerade auch solchen Anweisungen des Berechtigten sich fügen muß, deren Inhalt in keiner Weise vor oder bei Begründung des Gewaltverhältnisses in irgend einer Weise bestimmt oder auch nur geahnt worden wäre. Wer sich in solche Verhältnisse begibt oder auch gegen seinen Willen hineingerät, ist damit ohne weiteres einer „fremden Ordnung seines persönlichen Seins"[4]) unterworfen, wenn auch nicht immer für sein ganzes Leben, so doch mindestens so lange, als er in dem betreffenden Verhältnisse bleibt. Und es läßt sich höchstens sagen, daß die freiwillige Begebung in solche Gewaltverhältnisse, soweit sie vorkommt, z. B. bei Lösung einer Fahrkarte zu einer Eisenbahnfahrt, bei Abschluß eines Arbeitsvertrages, bei Anstellung als Beamter, bei Einbürgerung auf Antrag, bei freiwilligem Eintritt in Heer und Marine usw., nur der entferntere Grund sei für die Verpflichtung zur Befolgung der Anordnungen des Schaffners, des Arbeitgebers, der Vorgesetzten, des Staates usw.; denn die Fälle, in denen man auch ohne seine Zustimmung zur Befolgung von einseitigen Anordnungen verpflichtet ist, finden sich häufig genug, z. B. beim Staatsbürgerverhältnis auf Grund der Abstammung, beim Gefängnisinsassen, im Verhältnis von Vater und Kind. Beachtlich und allein wesentlich bleibt vielmehr für alle genannten Fälle, daß die zur Befolgung verpflichtenden Anordnungen stets einseitig ergehen auf Grund der Gesamtlage ohne Rücksicht auf die freiwillige Begebung in das Verhältnis. Die Erklärung hierfür ist recht einfach. Die genannten Verhältnisse sind so geartet, daß eine einseitige Handhabung der Gewalt notwendig ist, um die Ziele und Zwecke zu fördern, denen diese Verhältnisse zu dienen bestimmt sind, mögen sie nun als Staat, Verwaltung, Betrieb, Geschäft, Haushalt, Versammlung, Heer und Flotte firmieren. Es handelt sich hier nicht mehr um rein obligatorische Beziehungen, sondern um Organisationsverhältnisse[5]), nicht um Verhältnisse unter einzelnen, son-

---

[4]) Sinzheimer S. 122 verwendet diesen Ausdruck allerdings nur für Anstellungsverträge.

dern um Einheitsverhältnisse[6]). Immer dreht es sich hier um die Eingliederung von einzelnen in eine Gesamtheit oder die zweckmäßige Verwendung von einzelnen im Sinne der von einzelnen gebildeten Einheit oder um beides zugleich. (Eingliederung des Versammlungsteilnehmers in die Ordnung der Versammlung, des Dienstboten in den Haushalt der Familie, des Arbeiters in den Betrieb oder die Werkstatt, des Beamten in die Verwaltung, des Bürgers in das Staatsganze). Dieses Recht, das sogar über Personen Herrschaft vermittelt (Organisationsrecht), das ist das Gewaltrecht[7]). Was dieses Recht angeht, so darf Sinzheimer[8]) uneingeschränkt beigestimmt werden, daß das Problem hier nicht ist, warum Gewalt besteht, sondern wem sie zusteht. Denn das ist eine ursprüngliche eines Beweises nicht bedürftige Forderung, daß, wo mehrere eine gemeinsame Ordnung nötig haben, einer der Ordner sein müsse, dem die andern sich zu fügen haben. Darin allein findet das Gewaltrecht seine hinreichende Erklärung und Rechtfertigung.

4) Nun ist aber innerhalb einer Einheit die Befugnis, einseitige Anordnungen treffen zu dürfen, nichts wert, wenn dem Befehlenden nicht eine gewisse Macht in die Hand gegeben ist, deren Ausübung ihm die Vollziehung seiner Befehle sichert. Darum beobachten wir in einem echten Gewaltverhältnisse, daß dem Unterworfenen gewisse Übel für seinen eventuellen Ungehorsam in Aussicht gestellt sind, deren Verhängung im Belieben des Gewalthabers steht. So darf in einer Versammlung der Vorsitzende einen störenden Teilnehmer zur Ruhe mahnen, ihm das Wort entziehen oder ihm die fernere Teilnahme an der Versammlung untersagen, ja ihn sogar mit Gewalt entfernen lassen. (Sehr anschaulich sind in dieser Hinsicht die Geschäftsordnungen der Landtage und des Reichstages). Disziplinlose Börsenbesucher haben hohe Ordnungsstrafen zu gewärtigen und unter Umständen Ausschluß vom Börsenbesuch. Der Fabrikherr tadelt seine Arbeiter und Angestellten, belegt sie mit den in der Arbeitsordnung vorgesehenen Strafen, entläßt sie fristlos oder nach Kündigung. Das Gleiche tut der Staat mit seinen Beamten durch seine disziplinaren Einrichtungen. Der Vater züchtigt seinen ungehorsamen Sohn. Der störrische Gefängnis- und Zuchthausinsasse wird durch die Anstaltsleitung in Verpflegung und Behandlung geschmälert. Der Staat hält seine Untertanen zur Erfüllung ihrer Pflichten durch Androhung von Strafen und notfalls durch unmittelbaren Zwang an.

Verweis, Rüge, Züchtigung, Eeld- und sonstige Strafen, Schmälerung

---

5) 6) Sinzheimer S. 12 bezeichnet den hier gemeinten Unterschied von Rechtsverhältnissen, die gegen und über Personen Rechte erzeugen, mit dem Gegensatz von obligatorischen und organischen Beziehungen. Doch vermeidet man wohl besser das Wort „organisch", da eine Parallele mit wirklich organischen Erscheinungen, z. B. der tierischen und menschlichen Körper, nicht vorhanden ist. Dagegen darf man ganz gewiß von einer Organisation — Zusammenfassung von selbständigen Einzelgliedern — reden.

7) Sinzheimer S. 14: Gewalt ist die aus einem Einheitsverhältnis sich ergebende Macht einer Person oder Personengesamtheit über Einzelkräfte und Einzelwirkungen in einer Einheit zu verfügen.

8) ebenda S. 15.

der Rechte und Ausschluß aus dem Verhältnis sind also die Mittel zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder Disziplin. Daher ist die Bezeichnung „Disziplinarrecht" für diese in allen Gewaltverhältnissen mit dem Befehlsrecht verbundene Befugnis zur Ausübung eines — sei es mittelbaren oder unmittelbaren — Erfüllungszwanges durchaus zutreffend. Es empfiehlt sich aber, daran festzuhalten, daß die öffentliche Strafbefugnis des Staates, obwohl sie ihrer Natur nach auch ein disziplinares Recht ist, diesen Namen nicht trägt. Die Bezeichnung „Disziplinarbefugnis" ist vielmehr für die gekennzeichnete Einrichtung in den andern Gewaltverhältnissen vorbehalten. Nur diese letztere Art von Disziplinarbefugnis, also das, was gemeinhin damit bezeichnet wird, ist weiterhin Gegenstand der Betrachtung.

Es ist nun durchaus nicht notwendig, daß die Disziplinarbefugnis in jedem Gewaltverhältnisse gleich sei. Das Mittel des Ausschlusses findet sich in manchen nicht, z. B. im Kindesverhältnis. Ebensowenig ist unmittelbarer Zwang erfordert[9]). Er findet sich fast nur im Kindes-, Untertanen- und Militärverhältnis, in Gefängnis und Zuchthaus. Wenn man also, wie das üblich ist, von der öffentlichen Strafbefugnis des Staates absieht, so darf man das Disziplinarrecht bezeichnen als die Befugnis des Gewalthabers, einen seiner Gewalt Unterworfenen wegen Nichtbeachtung der von ihm wirksam erlassenen Einzelanordnungen oder Nichtbeachtung der in dem betreffenden Gewaltverhältnisse allgemein geltenden Ordnung ohne Zuhilfenahme höherer Mächte, insbesondere des Staates, zur Verantwortung zu ziehen durch Rüge, Verweis, Züchtigung, Geldstrafen, Schmälerung der dem Unterworfenen sonst zustehenden Rechte oder Ausschluß aus dem Gewaltverhältnisse.

5) Ein Blick über die Verhältnisse, in denen es solche Rechte über andere Personen gibt, erweist jedoch eine weitere Scheidung als notwendig. Die Teilnahme an einer Versammlung und das Untertanenverhältnis haben zwar das Gemeinsame, daß sie den einzelnen einer höheren Ordnung unterwerfen, aber während der Teilnehmer an einer Versammlung einfach geht, wenn er sich der Disziplin nicht fügen will, wird aus dem Staatsverband niemand ohne den Willen des Staates entlassen. Während die Versammlung gegenüber dem ungehorsamen Teilnehmer als letztes Mittel nur die Ausweisung aus ihrer Mitte hat, kann der Staat jederzeit mit absoluter Gewalt seinen ungehorsamen Bürger zur Erfüllung seiner Pflichten anhalten. Es gibt also Verhältnisse, in denen dem Gewalthaber kein Recht gegeben ist, den Unterworfenen zum Verweilen im Unterwerfungsverhältnisse durch eigenmächtig ausgeübte unmittelbare Gewalt zu zwingen, mag er auch durch andere Disziplinarmittel die

9) Darum ist Herzfelders Abhandlung „Gewalt und Recht" auf einer falschen Grundlage aufgebaut; denn er setzt für ein Gewaltrecht die Befugnis zur Anwendung unmittelbaren Zwanges voraus. S. 6 f.

Möglichkeit haben, auf den Gewaltunterworfenen einen fühlbaren Druck auszuüben. Das letzte Mittel — sich selbst durch unmittelbaren Zwang Erfüllung zu verschaffen — haben nur eine geringe Anzahl besonders ausgezeichneter Verhältnisse (Untertanen-, Militär-, Kindesverhältnis). Den andern Gewalthabern bleibt als letztes Disziplinarmittel nur der Ausschluß, sofern sie nicht die Hilfe des Staates in Anspruch nehmen wollen. Aber der Staat leiht seinen starken Arm nur in den seltensten Fällen, in denen es sich um die Aufrechterhaltung eines Gewaltzustandes handelt, z. B. im Kindes- und Lehrverhältnis ausnahmsweise. Regelmäßig versagt er seine Hilfe. Er holt den Arbeiter, auch den Beamten, der seine Dienste verweigert, nicht mit Gewalt an die Arbeitsstätte. Es ist ihm gleichgültig, ob jemand Mitglied einer Versammlung einer Börse oder sonst einer privaten Gemeinschaft ist und bleibt, und läßt daher dem freien Willen jederzeit Raum. Wenn es also auch zwar in allen Gewaltverhältnissen eine Disziplinargewalt gibt, so ist doch, wie gezeigt, die Stellung des einzelnen zu dieser Gewalt nicht immer die gleiche. Bei einer großen Anzahl von Gewaltverhältnissen bleibt die Befolgung der im Interesse der Gesamtheit erfolgten Anordnungen immer von dem Willen des Unterworfenen abhängig, weil der Unterworfene jederzeit nach seinem freien Belieben ohne Rücksicht auf den Willen des Gewalthabers ausscheiden kann. Bei den andern dagegen hat der Unterworfene keine Möglichkeit, sich dem Verhältnis einfach zu entziehen, weil dies in Wirklichkeit nur geschehen kann durch das tatsächliche Einverständnis des Gewalthabers. Zu den letztgenannten Verhältnissen gehören das des Bürgers zum Staat, des Kindes zu seinem Vater, des Zuchthäuslers zur Anstaltsleitung, des Sklaven zu seinem Herrn; zu den andern beispielsweise die Versammlungsteilnahme, das Arbeits- und Beamtendienstverhältnis, wovon später noch ausführlicher die Rede sein wird. Unterscheidungsmerkmal ist also keineswegs, wie weit oder wie drückend sich das Unterwerfungsverhältnis gegenüber dem Unterworfenen äußert, sondern es wird scharf geschieden nach dem Recht des Gewalthabers, den Gewalt z u s t a n d aus eigener Macht aufrecht zu erhalten oder nicht.

6) Durch diese Grenzlinie lassen sich darum die Verhältnisse, in denen es Rechte ü b e r Personen gibt, in solche höherer und niederer Ordnung teilen. Jene Verhältnisse nun, aus denen es kein Entrinnen mehr gibt, weil ihre Aufhebung der absoluten Macht des Gewalthabers in die Hand gegeben ist, sind, wie Georg Jellinek hervorhebt[10]), im eigentlichen Sinne Herrschaftsverhältnisse; denn „jeder Gewalt kann ich mich entziehen, nur der Herrschergewalt nicht“[11]). Von den andern Unterwerfungsverhältnissen sollte man dagegen als von „einfachen Gewaltverhältnissen“

---

10) 11) Georg Jellinek S. 216.

sprechen, um ihre Unterscheidung von den absoluten Herrschaftsverhältnissen zu gewährleisten.

Mit der Trennung von privatem und öffentlichem Recht deckt sich aber diese Unterscheidung keineswegs; denn es gibt privatrechtliche Herrschaftsverhältnisse — z. B. das Kindesverhältnis — und öffentlichrechtliche einfache Gewaltverhältnisse — z. B. das Beamtenverhältnis —. Es handelt sich hierbei vielmehr um allgemeine Rechtsbegriffe, die sich um die Unterscheidung von privatem und öffentlichem Recht nicht kümmern.

Dritter Abschnitt.

Der Arbeitnehmerbegriff.

I. Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertragsverhältnis.

1) Es sei vorweg betont, daß wie sonst im Leben auch in dieser Arbeit das Wort „Arbeitnehmer" einstweilen bezeichnen soll:

die in unserer Wirtschaft zur Massenerscheinung gewordenen Arbeiter und Angestellten in der Industrie. dem Bergbau, dem Handel, dem Handwerk, der Landwirtschaft, der Seeschiffahrt, in den Staatsbetrieben (insbesondere Post und Eisenbahn) und sonstigen Verwaltungen des Reiches, der Länder und der Gemeinden, die häuslichen Arbeitskräfte (Dienstboten, Hauslehrer, Gesellschafter), die Lehrer in privaten Anstalten und die in ähnlichen privaten Stellungen befindlichen Personen.

Der Begriff „Arbeitnehmer" ist danach also ein Sammelname für allerdings recht unterschiedliche Gruppen von Menschen. Ihr gemeinsames, schon rein äußerliches Merkmal ist, daß sie im Dienste anderer hauptsächlich oder ausschließlich tätig sind. Das pflegt sich auch der Laie unter einem Arbeitnehmer vorzustellen, und das hat auch als Arbeitnehmerbegriff allgemeine Geltung erlangt.

Bei der Frage nach dem Rechtsbegriff des Arbeitnehmers muß jedoch von dem allen diesen Personen eigentümlichen Rechtsverhältnis ausgegangen werden, dessen einer Teil der Arbeitnehmer ist. Dieses Rechtsverhältnis wird gewöhnlich kurz mit „Arbeitsvertrag" bezeichnet.

2) Im Schrifttum der Rechtswissenschaft hat aber das Wort „Arbeitsvertrag" keine einheitliche Verwendung gefunden; denn unter diesem Namen gibt es keine gesetzliche Regelung von Verträgen über Arbeit. Ein Streit über den Umfang dieses Begriffes konnte darum leicht entstehen.

Bei Lotmar ist Arbeit[1]) als Gegenstand des Arbeitsvertrages „jede Tätigkeit eines Menschen, die ein fremdes Bedürfnis zu befriedigen vermag". Er kommt dann folgerichtig zu dem Ergebnis, daß der Arbeitsvertrag neben den Verträgen der oben genannten Personen auch die Verträge der Handwerker mit ihren Auftraggebern, den Speditions-, den Makler-, den Verwahrungsvertrag usw. umfasse. Einer ähnlich weiten Ausdehnung des Begriffes „Arbeitsvertrag" huldigt Nikisch[2]), während Sinzheimer[3])

---

1) Bd. I S. 72.
2) Grundformen S. 14.
3) S. 117 und 119.

Werk- und Dienstverträge im Arbeitsvertrag zusammenfaßt. Mit Recht ist aber die Verwendung des Wortes „Arbeitsvertrag" für so verschiedenartige Verträge abgelehnt worden[4]), deren einziges Merkmal gerade ist, daß sie Arbeit zum Gegenstande haben, während sie sonst völlig auseinanderstreben. (Man vergleiche den Gesindevertrag mit dem Frachtvertrage).

3) Allgemein durchgesetzt hat sich vielmehr die Beschränkung des Arbeitsvertragsbegriffes auf die eingangs erwähnten Rechtsverhältnisse zwischen gemeinhin als Arbeiter und Angestellten bezeichneten Personen mit ihren Arbeitgebern. Es wird allerdings von einigen Schriftstellern nicht ganz ohne innere Berechtigung ein solches Rechtsverhältnis als „Anstellungsvertrag"[5]) bezeichnet, zumal ja auch in der Definition, die der Arbeitsvertragsgesetzentwurf dem Arbeitsvertrag gegeben hat, der Ausdruck „angestellt" verwendet wird[6]). Dagegen hat sich Potthoff[7]) gewandt mit dem Hinweis, daß es nicht angängig sei, eine Bezeichnung zu ändern, die bereits so starke Wurzeln geschlagen habe. Auch sei es angebracht, im Arbeitsrecht von einem Vertrage zu sprechen. Jedenfalls meinen die genannten Schriftsteller mit Anstellungsvertrag genau das Gleiche, was hier mit Arbeitsvertrag bezeichnet wird, nämlich das Rechtsverhältnis der Arbeiter und Angestellten.

4) Eine Übersicht über die Begriffsbestimmungen, welche die bedeutendsten Arbeitsrechtler dem Arbeitsvertrage gegeben haben, zeigt zwar keine Einheitlichkeit[8]). Aber die Erkenntnis, daß in Erfüllung des Arbeits-

---

4) Hueck in HN 1. Bd. S. 100; Oertmann S. 9.

5) Sinzheimer S. 117 ff.; Nikisch, Grundformen S. 108 f. und Anstellungsvertrag S. 1 ff.

6) AVGE. § 1.

7) Arb. R. 1927 S. 179.

8) Hueck. HN Bd. I S. 100: „Arbeitsvertrag . . . . . ist lediglich der privatrechtliche Vertrag, durch den sich jemand zur Arbeitsleistung im Dienst eines andern verpflichtet, durch den er also zum Arbeitnehmer wird."

Jacobi S. 54: „Arbeitsvertrag ist der Vertrag über Arbeitsleistung auf Zeit, bei der die Arbeitsleistung nicht bestimmt im voraus abgegrenzt sind, so daß sich eine gesteigerte Unterordnung des Arbeitsleistenden ergibt."

Kaskel. Arbeitsrecht S. 47: „Arbeitsvertrag . . . . ist ein gegenseitiger schuldrechtlicher Vertrag der Mitglieder der dem Arbeitsrecht unterstehenden Berufsstände mit einem Arbeitgeber über Leistung unselbständiger Arbeit gegen Entgelt."

Molitor. Wesen des Arbeitsvertrages S. 110/111: „Der Arbeitsvertrag ist ein Vertrag, durch den ein Teil, der Arbeitnehmer, sich dem anderen Teil, dem Arbeitgeber, zur Leistung persönlicher Arbeit verpflichtet, die nach Art und Umständen eine erhebliche Unterordnung des Arbeitnehmers unter die Leitung des Arbeitgebers oder seines Vertreters mit sich bringt. Ob eine solche Unterordnung vorliegt, ist insbesondee nach der voraussichtlichen Dauer der Arbeit zu bemessen."

Nikisch. Anstellungsvertrag S. 1: „Anstellungsvertrag nenne ich den Vertrag, durch den sich der eine Teil — der Arbeitnehmer — verpflichtet, dem andern Teil — Arbeitgeber — seine Arbeitskraft auf Zeit zur Verfügung zu stellen."

Oertmann S. 13/14: „Der Arbeitsvertrag ist . . . . . der Dienstvertrag, bei dem der Arbeiter als dienendes Glied in den Bereich eines fremden Unternehmens nicht gerade notwendig des Unternehmers als Person tritt."

Silberschmidt S. 12: „Durch ihn (den Arbeitsvertrag) verpflichtet sich eine Partei, Arbeit zu leisten, während die andere ein Entgelt verspricht. Ein solcher Vertrag kann auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (Beamtenrecht) abgeschlossen werden."

Sinzheimer S. 118: „Der Anstellungsvertrag ist ein Dienstvertrag über abhängige Arbeit. Es wird nicht nur Arbeit, sondern abhängige Arbeit gegen Entgelt versprochen, d. h., Arbeit, die unter fremder Verfügungsgewalt zu leisten ist."

AVGE. § 1: „Der Arbeitsvertrag ist der Vertrag, durch den der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit gegen Entgelt angestellt wird."

vertrages stets ein Gewaltverhältnis entsteht, hat sich, wenn dies auch nicht immer in den Definitionen zum Ausdruck kommt, doch überwiegend Bahn gebrochen. Dies ist besonders seit der Revolution festzustellen, weil die neue Verfassung, welche die Schaffung eines einheitlichen Arbeitsrechtes ankündigte, mehr als bisher zur Untersuchung des Arbeitsvertrages anregte; bildet doch die Lehre vom Arbeitsvertrage das zentrale Problem des Arbeitsrechts. Bei dem Wege, den die deutsche Gesetzgebung seit Jahrhunderten gegangen ist — Regelung der Rechtsverhältnisse nicht so sehr nach innerlich-rechtlichen Gesichtspunkten, als vielmehr nach äußeren konkreten Merkmalen, z. B. Gesinde, Handlungsgehilfen, Seeleute — war es ja nicht so leicht, die gemeinsamen Merkmale der nach außen hin getrennten Erscheinungen zu entdecken. Andererseits galt es, die durch die Rezeption des römischen Rechts in das Arbeitnehmerverhältnis hineingetragene mechanisch-individualistische Auffassung, als handele es sich um eine reine Obligation wie Kauf und Tausch, endgültig zu überwinden. Das konnte aber nicht über Nacht geschehen.

Immerhin läßt sich von dem Wesen des Arbeitsvertrages nach dem heutigen Stande der wissenschaftlichen Erkentnis Folgendes sagen:

> Es ist ein Vertrag, durch den sich der eine Teil — Arbeitnehmer — dem andern Teile — Arbeitgeber — in der Regel gegen Entgelt für eine gewisse Zeitdauer abhängige Arbeit in einem Gewalt- und Treuverhältnis zu leisten verpflichtet.

5) Das Rechtsverhältnis, das durch einen solchen Vertrag zustandekommt, müßte man also folgerichtig mit Arbeitsvertragsverhältnis bezeichnen. Es verdient aber die Tatsache Beachtung, daß die gleichen Wirkungen auch dann vorhanden sind, wenn überhaupt jemand im Dienste eines anderen sich betätigt, also auch dann, wenn ein Vertrag aus irgend einem Grunde nicht zustande kommen konnte oder nicht abgeschlossen worden ist, z. B., weil der Minderjährige die Arbeit ohne die erforderliche Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters angetreten hat. In diesen Fällen gibt die richtige Auslegung des Gesetzes dem nur tatsächlich Beteiligten die gleiche Rechtsstellung wie bei vertragsmäßigem Zustandekommen ihrer Rechtsbeziehungen. Da also das auf Arbeit sich gründende Rechtsverhältnis sich gleich bleibt in seinen Wirkungen und seinem Wesen gleichviel, ob es durch Vertrag oder ohne einen solchen zustandegekommen ist, so ist es richtiger, überhaupt nur noch von „Arbeitsverhältnis" zu sprechen, wenn jemand im Dienste eines andern tätig ist.

II. Merkmale des Arbeitsverhältnisses.

Nach der gegebenen Definition sind also Hauptmerkmale des Arbeitsverhältnisses: Entgeltlichkeit, längere Dauer, Gewalt- und Treuverhältnis.

1) Entgeltlichkeit.

Der Arbeitsvertrag gehört keinesfalls zu den unentgeltlichen Verträgen. Daß er aber auf jeden Fall entgeltlich sein müsse, wird von einer Anzahl Schriftsteller gefordert[9]). Als Grund hierfür leuchtet am meisten ein der Hinweis darauf, daß der so seltene Fall der Unentgeltlichkeit bei der großen Masse von Arbeitnehmern, die gegen Entgelt zu arbeiten gezwungen sind, überhaupt keine Bedeutung hat[10]). Wenn andererseits manche in der Entgeltlichkeit kein besonderes Merkmal des Arbeitsvertrages sehen[11]), so liegt das nach Sinzheimer[12]) daran, daß Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis nicht genügend auseinandergehalten werden[13]); denn das Arbeitsverhältnis könne auch ohne Entgelt vorkommen. Dem muß entgegengehalten werden, daß die unentgeltlichen Lehr- und Volontärverträge ebenfalls Arbeitsverhältnisse begründen und ihnen das Prädikat „Arbeitsverträge" nicht vorenthalten werden darf. Vielmehr erscheint der Standpunkt Jacobis[14]) richtig, daß man die hin und wieder vorkommende Unentgeltlichkeit der Arbeitsleistung, besonders der Lehrlinge und Volontäre als keinen genügenden Grund ansehen könne, diese Personen aus dem Arbeitnehmerbegriff auszuschließen. Diese Personen befinden sich von dem Entgelt abgesehen in genau der gleichen Lage wie die übrigen gegen Entgelt beschäftigten Arbeitnehmer und sind oft noch schutzbedürftiger als diese.

Unentgeltliche Arbeitsverträge kommen also zwar vor, sind aber äußerst selten. Bei ihnen muß jedoch die Unentgeltlichkeit ausdrücklich vereinbart sein; denn oberster Grundsatz bleibt, daß ein Entgelt auch dann als ausgemacht gilt, wenn bei Vertragsabschluß nicht einmal davon die Rede war, sofern die Arbeitsleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist (§ 612 Abs. 1 BGB.). Obwohl es also auch unentgeltlich beschäftigte Arbeitnehmer gibt, so kann und darf der Arbeitsvertrag doch nicht zu den unentgeltlichen Verträgen gerechnet werden. Darum muß die Erkenntnis, daß die Entgeltlichkeit in manchen Fällen nicht die entscheidende Rolle spielt, in der Begriffsbestimmung zum Ausdruck gebracht werden. Das ist mit den Worten „in der Regel gegen Entgelt" geschehen. Damit soll zugleich darauf aufmerksam gemacht

---

9) Kaskel, Arbeitsrecht S. 47; Oertmann S. 9; Silberschmidt S. 21; Sinzheimer S. 117; AVGE § 1.
10) so ungefähr Oertmann S. 9.
11) Jacobi S. 64. Anm. 83; Molitor/Hueck/Riezler S. 67 ff.
12) S. 117.
13) ebenso Molitor, Arbeitneher und Betrieb S. 19.
14) S. 64 Anm. 83.

werden, daß bei unentgeltlicher Tätigkeit die Frage, ob wirklich ein Arbeitnehmerverhältnis vorliegt, einer ganz besonders scharfen Prüfung bedarf.

2) Das Arbeitsverhältnis als Dauerverhältnis.

Durch den Arbeitsvertrag verspricht der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber die Leistung von persönlicher[15]) Arbeit, besser noch die Betätigung seiner eigenen Arbeitskraft im Dienste des anderen. Er verpflichtet sich also zur Herbeiführung und Aufrechterhaltung einer Zustandes[16]), durch den der Arbeitgeber in die Lage versetzt wird, von der Arbeitskraft des Arbeitnehmers entsprechenden Gebrauch für seine Zwecke zu machen.

Dadurch unterscheidet sich das Arbeitsverhältnis gänzlich von den andern Vertragsverhältnissen, in denen Arbeit geleistet wird, z. B. vom Werkvertrage. Das Versprechen, Arbeit zu leisten, unterscheidet sich ja an sich schon von den nur auf Austausch von Gegenständen gerichteten Verpflichtungen dadurch, daß die Erfüllung der letzteren in einem einzigen Zeitpunkt erfolgt, die Erfüllung des Arbeitsversprechens dagegen nur im Laufe einer gewissen Zeit geschehen kann. Man vergleiche die Erfüllung der Verpflichtung aus einem Kaufvertrage auf Lieferung eines Kleides und die aus einem Werkvertrage, der auf Herstellung eines Kleides gerichtet ist. „Ein Tun ist nun einmal kein Gegenstand“[17]), Arbeit ist eben stets zeitgebunden[18]), ein Vorgang[19]), der immer an der Zeit gemessen werden kann. Nun ist es allerdings nicht gerade notwendig, daß dies auch stets bei der rechtlichen Betrachtung der Arbeitsverpflichtung geschieht. Im Gegenteil, bei einer erheblichen Anzahl von Verträgen, die auf Arbeit gerichtet sind, geschieht eine Messung nach der Zeit gerade nicht. Man betrachtet juristisch die Arbeit häufig nicht als zeitlich ablaufendes Geschehen, sondern als eine Einheit unter dem Gesichtspunkt des Erfolges, der durch die Arbeit erzielt werden soll[20]). Ein Beispiel hierfür ist der Werkvertrag. Ob aber die Leistung des Arbeitenden juristisch im Hinblick auf den Erfolg oder die Zeit bewertet wird, hängt lediglich von dem Inhalt des Vertrages ab, auf Grund dessen die Arbeit geleistet wird. Aus dem Wesen des Arbeitsvertrages folgt jedoch, daß hier ein Erfolgversprechen niemals vorliegt, auch bei Akkordlohn nicht[21]). Der

---

15) Molitor, Wesen des Arbeitsvertrages S. 110/111.
16) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 4.
17) Schott S. 23.
18) Lutz Richter S. 80.
19) Lutz Richter S. 83.
20) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 9.
21) Beim Akkordvertrag erfolgt nur die Bemessung des Entgelts nach der Leistung, aber das Versprechen des Stücklohnarbeiters geht nicht auf einen bestimmten Leistungsgegenstand, sondern ebenfalls auf Leistung von Arbeit schlechthin ohne Einschränkung des Befehlsrechts des Arbeitgebers. Das kommt auch darin zum Ausdruck, daß bei Stücklohn der Arbeiter nicht die volle Gefahr wie der Hersteller eines Werkes durch Werkvertrag übernimmt. Dieser hat die Sach- und Herstellungsgefahr zu tragen, der abhängige Akkordarbeiter hat dagegen nur das Risiko der Herstellung der Sache (Zeitrisiko), während die Sachgefahr den Arbeitgeber trifft. Vergl. Hachenburg S. 42/43.

Arbeitnehmer sagt stets nur die Betätigung seiner Arbeitskraft zu, wenn auch in einer gewissen Richtung beschränkt, z. B. als Syndikus, Reisender, Dienstbote usw. Notwendigerweise beschränkt sich dann die Leistung nicht auf ein einmaliges Handeln, sondern wird zu einer fortlaufenden Kette von Einzelhandlungen in der bei Vertragsschluß angegebenen Richtung. Daraus ergibt sich weiter, daß das Arbeitsverhältnis auch zeitlich sich über einen gewissen Zeitraum erstrecken muß[22]). Er setzt eine gewisse Dauer voraus, um die Ausnutzung der Arbeitskraft zu ermöglichen. Dies geschieht durch die Ausübung der Befehlsgewalt des Arbeitgebers.

Aus diesem Grunde kann die Übernahme von im vorhinein übersehbarer und festbestimmter Einzelleistungen, die nur ganz kurze Zeit in Anspruch nehmen, z. B. die Arbeit als Tageswäscherin in der Regel keine Arbeitnehmereigenschaft begründen[23]). Derartig kurze Verhältnisse schaffen keine Abhängigkeit im Sinne des Arbeitsrechts. Es kann von dem Entstehen eines Gewaltverhältnisses deshalb keine Rede sein, weil durch diese eindeutig bestimmten und kurzlebigen Arbeitsverpflichtungen ein wirkliches Einheits(Organisations)verhältnis nicht zustande kommt[24]); denn nur Dauerschuldverhältnisse sind geeignet, ständige Gewaltverhältnisse ins Leben zu rufen[25]).

Es muß allerdings zugegeben werden, daß sich die Grenzen nicht ganz deutlich angeben lassen, die das Dauerschuldverhältnis von den andern scheiden. Hier begegnet uns wieder die im Rechtsleben vielfach gemachte Erfahrung, daß die Grenzen zwischen einander verwandten Verträgen vielfach ineinanderfließen und einer restlosen Klärung einfach widerstehen, so sehr man sich auch darum bemühen mag. Wichtig ist nur, daß man sich bewußt bleibt, den typischen Fall so genau wie möglich erfassen und darstellen zu müssen. Beim Arbeitsvertrage, der die Rechtsverhältnisse der Arbeiter und Angestellten regelt, ist die Eigenschaft als Dauerverhältnis unbestreitbar. Es ist daher nicht einzusehen, daß dieses Moment nur ein Symptom für das Vorhandensein eines Arbeitsvertrages sein soll[26]), wo sich doch kaum bestreiten läßt, daß es Verhältnisse gibt, die den hier ins Auge gefaßten Arbeitsverhältnissen äußerst ähnlich sehen, sich aber von ihnen eben dadurch unterscheiden, daß sie nur vorübergehender Natur sind, z. B. die Tätigkeit der Kundenwäscherin, des Bücherrevisors, des Stundenbuchhalters[27]).

---

22) Nipperdey bei Staudinger Vorbem. zu § 611 II 3a; Silberschmidt S. 12; Molitor, Wesen des Arbeitsvertr. S. 15.
23) Nipperdey a. a. O.; Oertmann S. 12.
24) ähnl. Titze S. 560; Hueck in HR. I. Bd. S. 102.
25) Gierke, Dauernde Schuldverhältnisse S. 355 ff.
26) Jacobi S. 53.
27) Düringer-Hachenburg S. 541 § 59 Anm. 12.

3) Die Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Über das Wesen und den Umfang der sogenannten Abhängigkeit im Arbeitsverhältnis und ihren Wert als Merkmal des Arbeitnehmers besteht keine Einmütigkeit, wie ein Blick über die verschiedenen Deutungen belehrt, die dieser Begriff von den Schriftstellern des Arbeitsrechts erfahren hat. Ganz allgemein versteht man unter der abhängigen Stellung des Arbeitnehmers seine wirtschaftliche Lage, die es mit sich bringt, daß er auf den Arbeitgeber angewiesen ist; den Zwang zur Unterordnung unter den Willen des Arbeitgebers in Fragen, welche die Erledigung der Arbeit nach Ort, Zeit, Art und Weise betreffen, das Gefühl der Unselbständigkeit des Arbeitnehmers und den oft auch auf das private Denken und Handeln des Arbeitnehmers ausgeübten Druck des Arbeitgebers in Dingen, die mit dem Arbeitsverhältnis fast nichts zu tun haben, die Pflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber eine besonders große Achtung und Ehrerbietung zu zeigen, um sich seine Gunst zu erhalten. Die große Frage ist nur, was von diesen Abhängigkeiten so von Belang ist, daß es als besonderes Merkmal des Arbeitnehmers angesehen werden kann.

a) Die wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers.

Die Versuchung, die heute ganz besonders krasse wirtschaftliche Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber zum Erkennungsmerkmal zu machen, ist äußerst groß; denn die Aufgabe des Arbeitsrechts, dessen Grundverhältnis der Arbeitsvertrag ist und bleibt, besteht doch gerade in dem Schutz des wirtschaftlich schwachen Arbeitnehmers und ist auch deswegen in den Vordergrund des Interesses gerückt worden. Es gibt aber zu denken, daß sich viele Personen als Arbeitnehmher betätigen, ohne selbst vom Arbeitgeber wirtschaftlich abhängig zu sein, weil sie entweder eigenes Vermögen besitzen oder in der Lage sind, jederzeit durch freie Arbeitstätigkeit ihren Lebensunterhalt zu erwerben. Das trifft für die akademisch vorgebildeten Arbeitnehmer (Ärzte, Rechtsanwälte) fast immer zu. Außerdem ist in wirtschaftlich guten Zeiten die wirtschaftliche Abhängigkeit des einzelnen vom Arbeitgeber auch nicht so groß, daß er nicht jederzeit die Möglichkeit hätte, einen anderen Brotherrn aufzusuchen. Die wirtschaftliche Abhängigkeit darf vielmehr als eine außerhalb der Rechtsbeziehungen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber sich ergebende Folge der dauernden Diensttätigkeit betrachtet werden denn als ein von vornherein gegebenes Merkmal des Arbeitnehmers[28]).

Eine eigenartige Stellung nimmt hier Melsbach ein[29]). Er möchte den Begriff der wirtschaftlichen Abhängigkeit durch den der wirtschaftlichen

---

28) Jacobi S. 52/53; Nikisch, Grundformen S. 95.
29) S. 21/22.

Unselbständigkeit ersetzt wissen. Er meint damit eine Formel gefunden zu haben für die Abgrenzung der Arbeitnehmertätigkeit von der selbständigen Unternehmerarbeit und auf diese Weise auch auf die Heimarbeiter den Arbeitnehmerbegriff erstrecken zu können, also auch auf Personen, die heute allgemein als „arbeitnehmerähnlich" bezeichnet werden[30]). Abgesehen davon, daß das Hineinbeziehen rein wirtschaftlicher Tatsachen in einen Rechtbegriff juristischer Klarheit widerstreitet, ist die Befolgung der Melsbach'schen Vorschläge nicht einmal empfehlenswert; denn der Heimarbeiter steht ganz im Zeichen des Werkvertrages (Bemessung der Arbeit nach dem Erfolg, ohne Begründung eines Gewaltverhältnisses). Um den Heimarbeitern den arbeitsrechtlichen Schutz angedeihen zu lassen, dessen sie mehr denn je bedürfen, kann man auch andere Wege einschlagen, ohne den Begriff des Arbeitnehmers im üblichen Sinne zu verwässern[31]).

b) Die sog. Einordnung in einen Betrieb.

In der Hauptsache ist der heutige Arbeitnehmer in mittleren und großen Unternehmen beschäftigt, in denen er sich nur als ein Glied des Gesamtbetriebes betätigt. Aber selbst da, wo die Arbeitsstätte immer kleiner wird und er schließlich nur als ein einziger Arbeitnehmer, z. B. als Dienstbote im Haushalt der Familie arbeitet, erscheint der Arbeitnehmer in der Regel als ein Stück des von dem Arbeitgeber für seine Zwecke ins Leben gerufenen und geleiteten Apparates, einer Gesamtheit von Mitteln verschiedenster Art, mag diese nun Fabrik, Werkstatt, Haushalt, Laden, Verwaltung, Geschäft, Expedition oder sonstwie heißen. Es ist kein Zweifel, daß die Gliedschaft des Arbeitnehmers in dieser wie immer gearteten Ganzheit in der Hauptsache auf die persönliche Stellung des Arbeitnehmers sich auswirkt. Sie gestaltet den Ablauf seines täglichen Lebens durch die vom Arbeitgeber bestimmte Arbeitszeit, durch die Art und Weise der zu leistenden Arbeit selbst, beeinflußt durch seine seelische Haltung insbesondere durch die Mitarbeiter, deren Auswahl nicht in seinem Belieben steht. In der Hauptsache aber zwingt sie ihn zur Befolgung der im Interesse eines guten Funktionierens dieses Apparates gegebenen Befehle und schaltet dadurch seine freie Willensbestimmung zum großen Teile aus.

Man hat daher geglaubt, in der Eingliederung in den Betrieb[32]) oder in der Einordnung in den Organismus des Geschäfts[33]) etwas Wesentliches zur Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffes vom selbständigen

---

30) Hueck in HN. I. Bd. S. 51 ff.; ArbGerGes. § 5.

31) Es erscheint angebrachter, bei Bildung des Arbeitnehmerbegriffes vom Normalfall auszugehen und die Anwendung der für diesen geltenden Rechtssätze auf die arbeitnehmerähnlichen Personen, soweit es notwendig und zulässig ist, in Form der Analogie vorzunehmen, wie das Nikisch, Grundformen S. 198 vorgeschlagen hat.

32) Oertmann S. 13.

33) Titze S. 560; Baum S. 16.

Unternehmer gefunden zu haben. Nun ist allerdings das Arbeitsvertragsverhältnis auch ein Organisationsverhältnis[34]), durch das der Arbeitnehmer in die vom Arbeitgeber geschaffene Arbeitsorganisation eingegliedert wird. Aber von einem Betrieb kann man schlecht in allen Fällen reden, z. B. nicht bei einem Familienhaushalt, in dem ein Dienstmädchen beschäftigt wird; noch viel weniger wäre dies angängig bei der Beschäftigung einer Gesellschafterin oder eines Hauslehrers, weil man unter dem Wort „Betrieb" eine vom Familienleben abgesonderte Arbeitsorganisation versteht. Andernfalls wäre man gezwungen, den Begriff „Betrieb" im Bereiche der Arbeitsverhältnisse ganz besonders weit auszudehnen, um ja nur noch den letzten Fall von Arbeitnehmertätigkeit zu erfassen. In Wirklichkeit ist der Ausdruck „Betrieb" auf die Verhältnisse der modernen Großindustrie zugeschnitten[35]) und läßt diejenigen Fälle von Arbeitnehmertätigkeit, die nach unserem sprachlichen Empfinden mit einem Betrieb wahrhaftig nicht verbunden ist, z. B. als Gesellschafterin, Hauslehrer, kaum noch als solche erkennen[36]).

Dehnt man aber den Begriff „Einordnung in einen Betrieb" soweit als nur möglich aus, dann hat man es nach unserem normalen Sprachgebrauch nicht mehr mit einem einheitlichen Tatbestand[37]) zu tun; denn die verschiedenen Formen, in denen menschliche Arbeitskräfte von ihren Arbeitgebern für ihre himmelweit verschiedenen Zwecke nutzbar gemacht werden, lassen sich nicht unter einen Hut bringen, zum mindesten nicht mit dem Worte „Betrieb" eindeutig belegen. Darum eignen sich die Ausdrücke „Einordnung in einen fremden Betrieb" oder „Eingliederung tn einen Geschäftsorganismus" zur Kennzeichnung des Arbeitnehmers nicht. Gerade bei einem sozialen Rechtsgebilde ist es nicht empfehlenswert, der allgemeinen Begriffsbildung zu widersprechen. Im übrigen läßt sich, wie noch gezeigt werden soll, gerade das, was die Einordnung in einen Betrieb im Gefolge und mit jeder auch nicht gerade im gewöhnlichen Sinne betriebsgebundenen Arbeitnehmertätigkeit gemeinsam hat, nämlich Befehlsrecht und Gehorsamspflicht, auch auf andere Weise im Arbeitnehmerbegriff zum Ausdruck bringen.

---

34) Gierke, Wurzeln S. 49 Anm. 4: Die Funktion des Dienstvertrages ist Organisation der Arbeit durch Einfügung in ein herrschaftlich geleitetes Ganze.

35) Nikisch, Grundformen S. 99; Rosenstock, Vom Industrierecht S. 19: Für die Verhältnisse der Industrie hat R. den Betriebsbegriff sehr anschaulich entwickelt: „Der Betrieb ist das räumlich und zeitlich gegenüber anderen Lebensbetätigungen ausgesonderte und spezialisierte Arbeitsgefüge." . . . . . „Der Betrieb ist keine Lebens-, Wohn-, Tisch- oder Geistesgemeinschaft. Diese Negativa sind notwendige Kriterien." Das ist auch für die Arbeitnehmer regelmäßig zutreffend. Aber für Hausangestellte gehobener Art, auch für Arbeitnehmer in kleinbäuerlichen Betrieben und bei manchen Dienstboten werden diese Kriterien nicht immer vorhanden sein.

36) Nikisch, Grundformen S. 100; glaubt mit Molitor, daß man dem hier strittigen Begriff sich auch deswegen widersetzen müsse, weil jede Arbeit für andere als für dessen Betrieb geleistet erscheine. Er führt dabei auch den Dienstmann an, der eine Besorgung übernimmt. Dazu ist zu bemerken, daß man wird zu unterscheiden versuchen müssen, ob eine Arbeit f ü r den Betrieb oder i m Betriebe eines anderen geleistet wird.

37) Nikisch, Grundformen S. 100; Jacobi S. 51; Molitor in Molitor/Hueck/Riezler S. 71.

c) Befehlsrecht und Gehorsamspflicht im Arbeitsverhältnis.

Eben diese Tatsache, daß jeder Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber Gehorsam in den seine Arbeitstätigkeit betreffenden Angelegenheiten schuldig ist, bietet im Gegensatz zur Eingliederung in den Betrieb bessere Anhaltspunkte zur Beurteilung der Rechtslage des Arbeitnehmers; denn eine Pflicht, deren Gegenseite immer ein Recht eines andern ist, gibt schon weit mehr Stoff zu einer rein juristischen Betrachtung. Das BGB. hat sich über die Gehorsamspflicht des Arbeitnehmers vollständig ausgeschwiegen. Es hat im Dienstvertrage nur die Dienste für andere schlechthin zu regeln unternommen, ohne zu beachten, daß die Wirkung der gemäß § 611 ff. übernommenen Dienstverpflichtung nicht immer die gleiche ist. Ein Vergleich von zwei Rechtsverhältnissen, die beide unter die Regeln des Dienstvertragsrechts (§ 611 ff.) fallen, das Verhältnis eines Anwalts zu seinem Klienten und das desselben Anwalts zu seinem Bürovorsteher mag dies zeigen. Schon die rein äußerliche, von besonderen rechtlichen Erwägungen unbeschwerte Form des Umganges der Parteien untereinander gibt reichlich Aufschluß über den krassen Unterschied, der zwischen diesen beiden Arten von Dienstverträgen besteht. Der Klient, der Auftrag erteilt hat, fordert von seinem Anwalt die Erledigung seines Auftrages; der Anwalt dagegen befiehlt seinem Bürovorsteher dutzendmal am Tage etwas anderes. Der eine darf nur höflich fordern, der andere dagegen herrisch befehlen. Der Anwalt würde es sich schön verbitten, wenn ihm der Klient vorschreiben würde, zu welcher Zeit er ihm seine Angelegenheiten zu erledigen habe, während der Anwalt dem Bürovorsteher widerspruchslos Arbeitszeit und die in jedem Augenblick besonders zu erledigende Arbeit nach seinem Belieben anordnen darf. Der nur durch Dienstvertrag verpflichtete Anwalt bleibt freier Herr seiner selbst, d. h. er braucht sich keine ihn rechtlich bindenden und seine Persönlichkeit unmittelbar berührenden Vorschriften — d. h. Verfügungen über die Verwendung seiner Zeit, seinen Aufenthaltsort und seine Arbeitskraft — machen zu lassen. Der Bürovorsteher dagegen muß Anordnungen inbetreff seiner Person erdulden und bleibt rechtlich zur Befolgung derselben verpflichtet. Das Rechtsverhältnis von Klient zu Anwalt ist demnach ein reines Forderungsverhältnis geblieben, während die tatsächlichen Wirkungen des Arbeitsverhältnisses zwischen Anwalt und Bürovorsteher eine Beziehung hervorrufen, wie sie nur zwischen Herr und Diener vorhanden ist. Diesen krassen Unterschied zwischen beiden auf Arbeit gerichteten Vertragstypen auch in der Begriffsbestimmung des Arbeitsverhältnisses zum Ausdruck zu bringen, ist selbstverständlich oft versucht worden; denn nichts ist auffälliger beim Vergleich der abhängigen Arbeit mit der „freien" Arbeitstätigkeit als der Umstand, daß in dem einen Falle ein Befehls-, in dem andern Falle aber nur ein Forderungsrecht besteht.

aa) **Die Leitungs- und Direktionsbefugnis.**

Der Arbeitnehmer in unserem Sinne verspricht nur, Arbeit schlechthin zu erbringen, wenn auch regelmäßig hinsichtlich des Berufes näher abgegrenzte, niemals aber einzelne genau bestimmte Leistungen. Seine Hauptaufgabe besteht ursprünglich darin, daß er dem Arbeitgeber zur Leistung von Arbeit zur Verfügung steht[38]). Es bedarf daher immer noch der konkreten Festsetzung der jeweils zu erbringenden Leistung. Daß dies durch den Arbeitgeber selbst geschieht, bedarf keiner besonderen Erwähnung. Man glaubte daher, dieses Recht mit Leitungs- oder Direktionsbefugnis bezeichnen zu müssen, dem also der Arbeitnehmer bei seiner Tätigkeit unterliege[39]). Nun ist aber die Leitungs- und Direktionsbefugnis nicht etwa ein Recht, das allein beim typischen Arbeitsvertrage, den wir hier im Auge haben, vorkommt, sondern auch bei andern Verträgen über Arbeit für andere, besonders beim Werkvertrage. Dem Leitungs- und Direktionsrecht unterliegt also auch der durch einen freien Arbeitsvertrag Verpflichtete. Aus diesem Grunde kann es als typisches Merkmal des hier in Rede stehenden Arbeitsverhältnisses nicht in Frage kommen[40]), weil der Arbeitnehmer überhaupt schon in der Betätigung seiner Arbeitskraft und nicht nur in der Art und Weise der Ausführung des Arbeitsobjektes zur Befolgung der vom Arbeitgeber getroffenen Anordnungen verpflichtet ist, und zwar auf Grund eines Befehlsrechts des Arbeitgebers. Dieses aber erzeugt für den Arbeitnehmer ständig neue Pflichten, während das Leitungs- und Direktionsrecht neue Pflichten niemals erzeugen kann[41]). Das unterscheidet insbesondere Kaskel nicht[42]). Bei der arbeitsrechtlichen Abhängigkeit handelt es sich gar nicht um ein Leitungs- oder Direktionsrecht, sondern um ein Gewaltverhältnis eigener Art, in dem befohlen und gehorcht wird. Ein solcher rechtlicher Zustand ist mit einem reinen Forderungsverhältnis, mit dem sich die Leitungs- und Direktionsbefugnis sehr wohl vereinbaren läßt, nicht vergleichbar, sondern von diesem grundsätzlich verschieden.

bb) **Die sog. Erheblichkeit der Unterordnung des Arbeitnehmers.**

Die über das bei Schuldverhältnissen gewöhnliche Maß hinausgehende Pflicht des Arbeitnehmers, auf die Anweisungen seines Arbeitgebers hin zu gehorchen, hat Molitor[43]) und Jacobi[44]) veranlaßt, dafür den Begriff der erheblichen bzw. gesteigerte Unterordnung zu prägen. Molitor glaubt,

---

[38]) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 1.
[39]) Kaskel, Arbeitsrecht S. 48.
[40]) Nikisch, Grundformen S. 98; ebenso ablehnend Jacobi S. 51 mit dem Hinweis, daß das Direktionsrecht eher eine Folge des Vertragsschlusses denn ein besonderes Merkmal des Arbeitsvertrages sei.
[41]) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 10/11.
[42]) Arbeitsrecht S. 74.
[43]) Wesen des Arbeitsvertrages S. 110 f.
[44]) S. 54/55.

daß es sich bei der Abhängigkeit des Arbeitnehmers nicht um einen logisch haarscharf durchführbaren Gegensatz handele, sondern daß hier nur Unterschiede im Maße der bei vertraglicher Arbeit für andere immer gegebenen Abhängigkeit in Betracht käme[45]). Wann das für das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses der hier gemeinten Art erforderliche Maß der Unterordnung gegeben sei, will er der prakischen Anwendung des Rechts vor den Gerichten überlassen, wo man Gelegenheit habe, die obwaltenden Umstände jedesmal entsprechend zu prüfen. Jacobi[46]) wendet sich nun zwar gegen den Ausdruck „erhebliche" Unterordnung als eine Wiederholung der Fragestellung und Verzicht auf allgemeine Erfassung. Er kommt aber schließlich selbst zu dem Ergebnis, daß eine „gesteigerte" Unterordnung des Arbeitnehmers unter den Arbeitgeber erforderlich sei als eine Folge der Tatsache, daß bei den Arbeitsverträgen als Verträgen über Arbeit auf Zeit die Einzelleistungen nicht im voraus bestimmt abgegrenzt seien. Seine Stellungnahme erscheint daher nicht ganz folgerichtig, da ein tatsächlicher und begrifflicher Unterschied zwischen erheblicher und gesteigerter Unterordnung nicht zu finden ist. Jacobi erkennt zwar an, das Arbeitsverhältnis erhalte „im besonderen Maße den Charakter eines Unterordnungs- und Herrschaftsverhältnisses, in dem befohlen und gehorcht wird und dem bei der Untrennbarkeit der Arbeitskraft vom Menschen die ganze Person unterliegt"[47]). Andererseits hält er aber daran fest, daß eine persönliche Unterordnung aus jeder Arbeitsleistung für andere sich ergebe. Darum kann er nicht weiter kommen als Molitor und muß es schließlich doch auf das Maß der Unterordnung abstellen.

Beiden soll hier entgegengehalten werden, daß sie zu unrecht jede rechtliche Macht, die alle auf persönliche Arbeitsleistungen gerichteten Rechte mit sich bringen, einfach als Rechte auf Unterordnung einer Person unter eine andere bezeichnen. Daß dies falsch ist, dafür wurde bereits im Abschnitt über die Gewaltverhältnisse die Beweisführung versucht. Es geht bestimmt nicht an, die Stellung des mit der Errichtung eines Hauses beauftragten Baumeisters als ein Verhältnis der Unterordnung unter den Bauherrn aufzufassen; ebenso nicht die des Schneidermeisters zum Besteller eines Anzuges oder des Rechtsanwalt zu seinem Klienten. Daß hier trotz persönlicher Arbeitsverpflichtungen völlige Gleichordnung bestehen bleibt, daran muß deshalb festgehalten werden, weil diese Verhältnisse über das Stadium bloßer Forderungsverhältnisse nicht hinauskommen[48]). Dagegen ist die Stellung des Arbeiters zu seinem Arbeitgeber, des Angestellten zu seinem Chef, des Dienstmädchens zur Herrschaft mit der Stellung eines Dieners zu seinem Herrn nicht nur vergleichbar,

---

45) Molitor a. a. O., ebenso in Molitor/Hueck/Riezler S. 68.
46) S. 51.
47) Jacobi S. 54.
48) Sinzheimer S. 147.

sondern identisch[49]). Erst hier darf von Unterordnung gesprochen werden; denn mit dem Begriff „Unterordnung" ist wesentlich die Vorstellung verbunden, daß den Untergeordneten einseitige, wenn auch durch die Art des Unterwerfungsverhältnisses sachlich begrenzte Anordnungen des Berechtigten zur Befolgung verpflichten.

Damit ist aber auch die pessimistische Haltung derer überwunden, die an die Möglichkeit einer scharfen Abgrenzung der Abhängigkeit des typischen Arbeitnehmers von den andern zur Leistung von Arbeit auf Grund eines Vertrages Verpflichteten nicht glauben können. Mit der Unterscheidung von reinen Forderungsverhältnissen und Unterordnung-(Gewalt)verhältnissen hat man nicht einen Unterschied im Maße, sondern im Prinzip der rechtlichen Macht einer Person über eine andere gefunden. Das aber ist eine sichere und eindeutige Unterscheidung, weil sie nicht nach schlecht meßbaren quantitativen, sondern qualitativen Merkmalen erfolgt.

cc) Die arbeitsrechtliche Abhängigkeit als Unterwerfung(Gewalt)verhältnis.

Daß die Entstehung eines Gewaltverhältnisses, in dem befohlen und gehorcht wird, für das Arbeitsverhältnis etwas Wesentliches ist, wird von fast allen Schriftstellern anerkannt, auch von denen, die das Schwergewicht auf andere beim Arbeitsverhältnis regelmäßig vorhandene Merkmale legen.

Kaskel[50]) redet von Gehorsamspflicht als Gegenstück zum Direktionsrecht schlechthin. Oertmann[51]) schreibt beim Arbeitsvertrage dem Arbeitgeber grundsätzlich ein Befehlsrecht zu. Titze[52]) folgert die Entstehung einer Gehorsamspflicht und eines Subordinationsverhältnisses aus der Eingliederung in den Geschäftsorganismus. Molitor[53]) verlangt als Merkmal des Arbeitnehmers erhebliche Unterordnung unter den Arbeitgeber. Jacobi[54]) anerkennt im Arbeitsverhältnis ein Unterordnungs- und Herrschaftsverhältnis, in dem befohlen und gehorcht wird. Gierke[55]) betrachtet die Stellung des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber als ein Verhältnis von Herr und Diener. Nikisch[56]) gibt dem Arbeitgeber ein Befehlsrecht in einem Herrschafts- oder Gewaltverhältnis; ebenso ist für Sinzheimer[57]) die Abhängigkeit im Arbeits-

49) Gierke, Dt. Privatrecht S. 609; Wurzeln S. 55.
50) Arbeitsrecht S. 74.
51) S. 32.
52) S. 560.
53) Wesen d. Arbeitsvertr. S. 111.
54) S. 54.
55) Dt. Privatrecht S. 609.
56) Anstellungsvertrag S. 12 u. 17.
57) S. 118/119.

verhältnis eine Verpflichtung zur Leistung von Arbeit unter fremder Verfügungsgewalt in einem *rechtlichen Gewaltverhältnisse*.

Die eigentliche Ursache für das Entstehen eines Befehls- und Gehorsamsverhältnisses liegt in der Art und Weise, wie dem Arbeitgeber Arbeit versprochen wird. Der Arbeitnehmer sagt niemals eine ganz bestimmte, in ihren Einzelheiten genau oder auch nur annähernd umrissene Arbeitsleistung zu, sondern übernimmt nur die Verpflichtung, für eine gewisse längere Zeit persönliche Arbeiten für den Arbeitgeber zu verrichten und zwar Arbeiten, die, wie mit einem gewissen Vorbehalt gesagt werden kann, nur der Art[58]) oder der Gattung[59]) nach bestimmt sind; denn regelmäßig erstreckt sich die Arbeitsverpflichtung nicht auf jede beliebige Arbeit, sondern fast immer auf die Tätigkeit eines ganz bestimmten Berufszweiges (z. B. Landwirtschaft) oder eine Spezialtätigkeit in einem bestimmten Gewerbe (z. B. Schweizer). Das Was, Wie und Wann der zu leistenden Arbeit zu bestimmen, muß dem Arbeitgeber überlassen bleiben. Diesem hat der Arbeitnehmer daher in den von diesem festgesetzten Zeiten zur Verfügung zu stehen, der Befehle des Arbeitgebers gewärtig. Denn darauf, daß er wirklich Arbeit leiste, hat der Arbeitnehmer in der Regel keinen Anspruch[60]). Er erfüllt bereits voll seine vertragliche Pflicht, wenn er seine Arbeitskraft zur Arbeitsleistung bereitstellt (vergl. § 615 BGB.). Es ist daher daher in gewissem Sinne gerechtfertigt zu sagen, die Verpflichtung des Arbeitnehmers gehe allein darauf, daß er dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt[61]). Ob und in welcher Weise dann dieser von der bereitgestellten Arbeitskraft Gebrauch macht, liegt in seinem Belieben. Auf die Willensbildung des Arbeitgebers hat der Arbeitnehmer dann rechtlich keinen Einfluß mehr. Die Anordnungen des Arbeitgebers, die nur noch die spezielle Verwendung der Arbeitskraft des Arbeitnehmers betreffen, ergehen also einseitig durch den Arbeitgeber oder dessen Stellvertreter. Sie haben nicht im Willen beider ihren rechtlichen Grund zur Befolgung durch den Arbeitnehmer, sondern wurzeln im Willen des Arbeitgebers allein, dem in der Aufrechterhaltung, Änderung, auch Rücknahme einmal erlassener Anordnungen vollste Freiheit gegeben ist. Ihm steht das unbestrittene Recht zu, die Arbeitszeit, die Reihenfolge der zu leistenden Arbeiten, die Art und Weise der Ausführungen bis in alle Einzelheiten, sogar das Arbeitstempo zu bestimmen (Taylorsystem, laufendes Band). Es handelt sich also um ein wirkliches Befehlsrecht des Arbeitgebers, das mit der Leitungs- oder Direktionsbefugnis nicht verwechselt werden darf. Die Anordnungen des Arbeitgebers sind Befehle, weil sie einseitig ergehen, die Ausübung des Direk-

58) Nikisch, Grundformen S. 144.
59) Hoeniger-Wehrle, Arbeitsrecht, Einl. 1.—7. Aufl.
60) Eine Beschäftigungspflicht besteht nur in ganz seltenen Fällen, z. B. für Bühnenkünstler. Selbst für Schwerbeschädigte ist die Frage sehr bestritten. Vergl. Hueck in HN. I. Bd. S. 235 ff.
61) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 1, 2/3; Potthoff S. 38.

tionsrechts dagegen bleibt im Rahmen des Forderungsrechts, weil das Direktionsrecht sich nur auf den vorher konkret ausgemachten Arbeitsgegenstand bezieht, das Befehlsrecht dagegen, wenn nichts Besonderes vereinbart ist, die Bestimmung des Arbeitsgegenstandes selbst mit umfaßt. (Siehe Seite 20/21 dieser Arbeit.)

Die Unterworfenheit des Arbeiters und Angestellten unter den Willen des Arbeitgebers drückt sich, wie Rosenstock[62]) zeigt, besonders kraß in der sogenannten Zitationsbefugnis des Chefs aus, der „das Recht hat, jeden, den Reisenden, den Monteur von draußen so gut wie den letzten Handlanger drinnen zu zitieren", um ihn zur persönlichen Verantwortung zu ziehen. Daß dieser Ladungsbefugnis eine Erscheinungspflicht entspricht — dem Nichterscheinenden wäre Entlassung sicher —, charakterisiert scharf den Unterschied von freier und abhängiger Arbeitstätigkeit. Denn eine Pflicht, sich persönlich vor dem Auftraggeber zu verantworten, ist dem Werkvertrage oder selbständigen Dienstvertrage fremd. Für das Arbeitsverhältnis aber folgt sie als etwas Selbstverständliches durch die Einstellung in den Betrieb (im weitesten Sinne) aus der Betriebsgewalt[63]).

Der Befehl ist aber, wie bereits im Abschnitt über die Gewaltverhältnisse gezeigt wurde, das Kennzeichen eines Unterwerfungsverhältnisses. Daß das Arbeitsverhältnis fast ohne Ausnahme auf Vertrag beruht und somit die Unterwerfung eine vertragliche Grundlage hat[64]), ändert nichts an der einmal getroffenen Feststellung, daß der Arbeitnehmer sich immer in einem Unterwerfungsverhältnisse befindet.

Dieses Unterwerfungsverhältnis ist beim Arbeitnehmer auch da vorhanden, wo die Befehlsgewalt des Arbeitgebers sich fast gar nicht bemerkbar macht, wie das bei leitenden Angestellten der Fall zu sein pflegt. Daß z. B. der in einem Schloß angestellte Gärtner vollständig selbständig zu arbeiten pflegt und sich sozusagen selbst die nötigen Anordnungen gibt, schließt ein Unterwerfungsverhältnis nicht aus, sofern nur dem Arbeitgeber ein jederzeitiges selbstherrliches Eingreifen vorbehalten bleibt, oder, wie Sinzheimer[65]) sich ausdrückt, er den Arbeitnehmer jederzeit zur Disposition stellen kann, d. h. nach eigenem Gutdünken auch gegen den Willen des Arbeiters über ihn verfügen darf.

Eine solche Unterwerfung geht daher weit hinaus über den engen Rahmen einer Rechtsbeziehung, wie sie die reinen Forderungsverhältnisse begründen, in denen der Verpflichtete vollständig frei bleibt von diesen die Persönlichkeit unmittelbar berührenden Einschränkungen. Das einzige Hindernis, das darum der Erhebung des Unterwerfungsverhältnisses zum Merkmal des Arbeitnehmers noch entgegenstehen könnte, ist, daß es

---

62) Vom Industrierecht S. 25.
63) Rosenstock, ebenda.
64) Herzfelder S. 47 ist anderer Meinung. Dagegen Georg Jellinek S. 209 für das Gebiet des öffentl. Rechts. Warum soll es also im Privatrecht anders sein müssen?
65) S. 149.

noch eine Reihe anderer rechtlicher Erscheinungen gibt, bei denen Gewaltverhältnisse vorkommen. Das allein ist aber nicht ausschlaggebend. Entscheidend ist lediglich die Antwort auf die Frage, ob es außer dem hier in Untersuchung stehenden Arbeitsverhältnisse auch sonst noch private auf Arbeit gerichtete Rechtsverhältnisse gibt, die ebenfalls eine solche Unterwerfung begründen. Die Antwort lautet: Nein! Nur im eigentlichen Arbeitsverhältnis — dem Verhältnis der Arbeiter und Angestellten — kommt es zur Entstehung und zeichnet es dadurch vor den andern Vertragsverhältnissen, die auf Arbeit gerichtet sind, (z. B. Werkverträge und selbständige Dienstverträge) aus.

Öfters findet man die Anschauung vertreten, das Unterwerfungsverhältnis, in dem sich der Arbeitnehmer befindet, sei nur eine weniger beachtliche Folge des Arbeitsverhältnisses. Es ist schon richtig, daß das Gewaltverhältnis tatsächlich erst in Ausführung der vom Arbeitnehmer durch Arbeitsvertrag übernommenen Arbeitspflichten entsteht. Rechtlich ist es aber schon im Augenblick des Vertragsabschlusses vorhanden; denn bereits in diesem Zeitpunkt darf der Arbeitgeber Ort und Beginn der Arbeitsaufnahme und sogar schon die besondere Tätigkeit, die er zu verrichten hat, bindend vorschreiben. Das Unterwerfungsverhältnis ist also ein integrierender Bestandteil des Arbeitsversprechens. Darum ist es richtiger zu sagen, daß das Arbeitsversprechen des Arbeitnehmers unmittelbar auf Herbeiführung eines Unterwerfungs(Befehls- und Gehorsams)verhältnisses gerichtet ist.

Es muß aber noch festgestellt werden, welcher Art die Unterworfenheit des Arbeitnehmers ist. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich aus dem Umfang der Disziplinarbefugnis, die in einem jeden Unterwerfungsverhältnis als dessen Kennzeichen sich finden muß.

d) Das Disziplinarrecht des Arbeitgebers.

Die unleugbar im Arbeitsverhältnisse vorhandene Disziplinarbefugnis des Arbeitgebers[66]) ist ihrem gegenständlichen Umfange nach genau so verschieden geartet wie die Arbeitsverhältnisse selbst, die sich den verschiedensten Verhältnissen anpassen müssen. Teilweise hat sich der Gesetzgeber selbst um die Regelung dieser Disziplinarbefugnisse bemüht.

In erster Linie hat jeder Arbeitgeber das Recht, durch Rügen, Vorhaltungen und Verweise den pflichtvergessenen oder säumigen Arbeitnehmer zur Befolgung der erlassenen Vorschriften und Anordnungen anzuhalten. Diese Befugnis hat negativ durch § 193 StGB. ihre rechtliche Sicherung erhalten. Danach sind strafbar Vorhaltungen und Rügen der

---

[66]) Menger S. 188 ff. bestreitet dem Arbeitgeber jede Art von Disziplinarbefugnis mit dem Hinweis, daß nach anerkanntem Grundsatz niemand in eigener Sache Richter sein könne. In bezug auf Verweise und Entlassung als Disziplinarmittel ist er im Hinblick auf § 193 StGB. und das Kündigungsrecht im Unrecht. Die gröbsten von M. gerügten Auswüchse sind seit dem Erlaß des Betriebsrätegesetzes und der in § 80 geschaffenen Mitwirkung des Betriebsrates bei Verhängung von Strafen beseitigt. Darüber hinaus beruht die Strafbefugnis des Arbeitgebers stets auf vertraglicher Grundlage.

Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen nur insoweit, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht. Nach Frank[67]) hat man den Rügen der Vorgesetzten gleichzustellen solche Rügen des Lehrherrn und der Dienstherrschaft. In Wirklichkeit schreibt sich jeder Arbeitgeber Vorgesetzteneigenschaft zu. Der Arbeitnehmer anerkennt sie tatsächlich nicht nur im Lehr- und Dienstbotenverhältnis. Es steht daher dem Arbeitgeber auch rechtlich eine Rügebefugnis zu; denn nicht allein die Gesetze, sondern auch die Rechtsübung schafft Recht.

Eine eigentliche Strafbefugnis, d. h. die Befugnis zur körperlichen Züchtigung und zur Verhängung von Geldstrafen hat der Arbeitgeber jedoch nur, wenn sie ihm der Gesetzgeber eingeräumt hat oder ihm — von körperlicher Züchtigung abgesehen — durch Vertrag zugestanden worden ist. Diese Strafgewalt ist zwar nur ein Ausschnitt aus den dem Arbeitgeber möglicherweise zustehenden Disziplinarmitteln, aber weil der Arbeitgeber nicht das Recht hat, seine Befehle zu exequieren, darum hat er auch kein Recht zu strafen, wenn ihm dies nicht ausdrücklich durch Gesetz oder Vertrag gewährt ist[68]). Durch Gesetz ist das geschehen in der Seemannsordnung (§ 91 Abs. 1), für den gewerblichen Arbeiter in § 134b der Gewerbeordnung, nach dessen Wortlaut die Arbeitsordnung Strafen vorsehen darf[69]). Daß die Verhängung einer Strafe aber nur im Zusammenwirken mit dem Betriebsrat erfolgen darf, bedeutet zwar eine Einschränkung für den Arbeitgeber, aber dadurch „bleibt der Inhalt der den einzelnen Arbeiter bindenden Gewalt unberührt“[70]). In der früheren jetzt beseitigten Gesindeordnung war dem Arbeitgeber ein Züchtigungsrecht gegeben. Jetzt findet es sich nur noch gegenüber gewerblichen Lehrlingen. (§ 84 GewO.). Dort hat es jedoch mehr erzieherischen Charakter, da der Lehrling zugleich der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen ist. (§ 127 GewO.). Aber auch, soweit das Gesetz nichts sagt, ist die Möglichkeit der vertraglichen Gewährung einer Ordnungsstrafbefugnis an den Arbeitgeber möglich, wie ja auch die in der Arbeitsordnung für Fabrikarbeiter durch § 134 GewO. dem Arbeitgeber zuerkannte Strafbefugnis vertraglichen Charakter hat; denn der Inhalt der Arbeitsordnung ist zugleich Inhalt der ihr unterliegenden Arbeitsverträge. (§ 134c

---

67) Erläuterung zu § 193 III, 5.

68) Sinzheimer S. 150: „Strafgewalt ist der privaten Gewalt nicht immanent.“

69) Daß es sich bei diesen Strafen um echte Ordnungsstrafen handelt, also um Disziplinarstrafen, weist Oertmann S. 28/29 nach unter Hinweis auf ihren Zweck (nicht Schutz des ökonomischen sondern des Ordnungsinteresses des Arbeitgebers) und ihre Verwendung (sie fließen nicht in die Privatkasse des Arbeitgebers, sondern sind zum Besten der Arbeiterschaft zu verwenden. § 134b Abs. 2 Gew. O.) So auch Landmann S. 554/555, soweit es sich um Strafen handelt, die lediglich der Aufrechterhaltung der Ordnung und Zucht im Betriebe dienen, betont aber, daß diese Strafen doch letzten Endes auf Vertrag beruhen. Das ist richtig, ändert aber nichts an ihrem disziplinaren Charakter.

70) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 35, sieht gerade in dieser Erscheinung eine Bestätigung des Herrschaftsrechts des AG. Denn ein bloßes Forderungsrecht könnte niemals durch ein fremdes Mitbestimmungsrecht beschränkt werden.

GewO.). Auf keinen Fall hat aber der Arbeitgeber eine Strafbefugnis, wenn weder die Anstellungsverträge noch die Arbeitsordnung bestimmte Strafen vorsehen. Deshalb ist Oertmann[71]) im Recht, wenn er meint, daß der § 134c GewO. weniger eine besondere Erlaubnis zur Strafanordnung als vielmehr nur eine nähere Schilderung und Einschränkung enthalte. Andernfalls wäre eine vereinbarte Ordnungsstrafbefugnis in andern Verträgen als denen der Fabrikarbeiter nicht möglich. Es gibt im Gegenteil sogar private Arbeitsverträge, in denen eine Unterwerfung des Arbeitnehmers unter die Beamtendisziplinargesetze vereinbart wird. Es handelt sich dabei um die Dauerangestellten der preußischen Gemeinden und Gemeindeverbände. In diesen Fällen wird öffentliches Disziplinarrecht zu privatem Vertragsrecht[72]). Aber es bleibt der Sache nach Ordnungsstrafrecht.

Als letztes Disziplinarmittel steht dann dem Arbeitgeber noch die Möglichkeit offen, den widersetzlichen Arbeitnehmer mit sofortiger Wirkung jederzeit auf die Straße zu setzen und so dem Arbeitsverhältnis ein schnelles Ende zu bereiten. Die Ausstoßung aus dem Gewaltverhältnis ist ohne Zweifel ein Disziplinarmittel, sogar das schwerste[73]), wenn auch seine Wirkung weit mehr mittelbar wegen der abschreckenden Folgen (Arbeitslosigkeit, schlechtes Zeugnis) als unmittelbar in der Wiederherstellung der gestörten Ordnung sich erschöpft.

Aber daneben gibt es keine besonderen Zwangsbefugnisse für den Arbeitgeber, abgesehen von den außergewöhnlich gearteten Fall der Schiffsmannschaft. Hier ist dem Kapitän als dem Vertreter des Arbeitgebers die Befugnis eingeräumt, bei Widersetzlichkeit oder bei beharrlichem Ungehorsam auch ev. unter Anwendung körperlicher Gewalt die Befolgung seiner Befehle zu erzwingen (§ 91 Abs. 2 SeemannsO.). Die Entscheidung über die Aufrechterhaltung des Dienstverhältnisses bleibt aber doch beim Seemann. Ihm ist das Recht des freiwilligen Ausscheidens nicht genommen.

Somit ist ganz offensichtlich das Arbeitsverhältnis kein Herrschaftsverhältnis, als dessen Kennzeichen wir die absolute Herrschaft des Berechtigten über die Aufrechterhaltung des Unterwerfungszustandes erkannt haben; denn Herrschaft auf der einen bedeutet vollständige Unterwerfung auf der andern Seite. So aber steht es beim Arbeitsverhältnis nicht. Eine Beziehung von Herr und Diener ist zwar vorhanden, aber der Diener ist Diener aus eigenem Willen während der ganzen Dauer der Dienstschaft. Sein Dienstverhältnis ist in seinem Bestande dauernd von seinem Willen nicht nur theoretisch abhängig. Das Arbeitsverhältnis löst sich ohne weiteres, wenn der Arbeitnehmer seinen Dienst aufgibt, auch

71) S. 28.
72) Wacke S. 25 u. 44.
73) Georg Jellinek S. 216.

wenn es zu vertragswidriger Zeit geschieht. Aus der vertragswidrigen Lösung kann wohl ein neues Rechtsverhältnis entstehen, aber der Zustand der Unterwerfung hat sein Ende gefunden, wenn der Arbeitnehmer sein stolzes „non serviam“ gesprochen und danach gehandelt hat; denn ein absoluter Erfüllungszwang steht dem Arbeitgeber nicht zu[74]). „Aus dem Dienstverhältnis ausstoßen kann wohl der Dienstherr, im Dienstverhältnis festhalten nur der Staat“[75]). Aber diesen Zwang übt der Staat nur in einem einzigen Falle auf Antrag des Arbeitgebers aus, nämlich beim gewerblichen Lehrling[76]). Sonst lehnt es auch der Staat ab, den vertragsbrüchigen Arbeitnehmer mit Gewalt an die von ihm übernommene Arbeit zu zwingen[77]).

So folgt aus der beschränkten Disziplinargewalt des Arbeitgebers — mag diese auch im Mindestfalle allein im Rügerecht und der Entlassungsbefugnis sich äußern — das Vorliegen eines nur einfachen Gewaltverhältnisses im Rechtsverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Da es Unterwerfungsverhältnisse in andern auf Arbeit gerichteten privaten Verhältnissen nicht gibt, so kann der Verwendung dieses Gewaltverhältnies als Merkmal des Arbeitnehmers nicht mehr länger widersprochen werden. Vor dem viel empfohlenen Begriff der „Einordnung in einen Betrieb“ verdient das Gewaltverhältnis den Vorzug. Die Einordnung in einen Betrieb ist etwas rein Äußerliches und zwingt zur Ausdehnung des Betriebsbegriffes auf Einrichtungen, die „Betrieb“ zu nennen der gewöhnliche Sprachgebrauch sich bisher nicht bereit finden konnte. Das Gewaltverhältnis dagegen ist eine rechtliche Einrichtung. An sie anzuknüpfen ist darum besser, weil sie sich als eine seit Jahrhunderten vorhandene Rechtseinrichtung begrifflich klarer erfassen und festhalten läßt als der stetem Wandel unterworfene Betriebsbegriff.

4. Die Treupflichten des Arbeitnehmers.

a) Selbstverständlich steht auch das Arbeitsverhältnis im Zeichen des § 242 BGB. Danach hat der Schuldner, hier der Arbeitnehmer, die Leistung so zu erbringen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Danach erstreckt sich aber auch der Anspruch des Gläubigers, hier des Arbeitgebers, nicht weiter als Treu und Glauben gebieten. Das ist nach Rechtsprechung und Rechtswissenschaft ebenfalls aus § 242 BGB. zu folgern.

Treu und Glauben beherrschen alle Schuldverhältnisse, aber nicht nur das Wie, sondern auch das Was und Ob der geschuldeten Leistung, also das gesamte Schuldverhältnis[78]), freilich mit der großen Einschränkung,

---

[74]) Sinzheimer S. 150.
[75]) Georg Jellinek S. 215.
[76]) § 127 d GewO.
[77]) § 888 Abs. 2 ZPO.
[78]) Staudinger, II. Bd. 1. Teil § 242 II und III.

daß in erster Linie der Wille der Parteien maßgebend bleibt[79]). Der § 242 BGB. hat vielmehr die Funktion eines Anspornes und Bremsklotzes zugleich zu erfüllen. Er enthält auf der einen Seite die Mahnung, übernommene Pflichten so zu erfüllen, wie ein Mensch mit rechter Gesinnung und ohne Falsch unter Beachtung löblicher Gewohnheit es tun würde, und auf der andern Seite die Warnung, nicht mehr zu fordern, als man selbst billigerweise an des andern Stelle leisten würde. Es kann sich daher aus § 242 eine Veränderung: Verengung oder Erweiterung, ja Aufhebung der Leistungspflicht ergeben[80]). Es bleibt aber doch zu beachten, daß die Wirkungen, die § 242 in dieser Hinsicht ausstrahlt, in aller Regel in unmittelbarem Zusammenhange mit dem Leistungsgegenstande bleiben. Insbesondere ergeben sich solche Wirkungen, um dem Gläubiger die versprochene Leistung zu garantieren oder ihn im Besitz der gemachten Leistung zu erhalten[81]). Es kann sich aber auch aus der Art des Vertrages zwischen den Parteien unmittelbar ein Vertrauens- oder Treuverhältnis als notwendige Folge entwickeln[82]). Darunter ist zu verstehen eine — allerdings nur bei Verträgen für längere Dauer mögliche[83]) — und daher längere Beziehung, die als Begleiterscheinung eines andern Rechtsverhältnisses den Schuldner verpflichtet, über den Rahmen seiner Hauptverpflichtung hinaus je nach der Lage des Falles das persönliche oder wirtschaftliche Interesse des Gläubigers oder alle zusammen zu wahren und zu fördern[84]).

b) Beim Arbeitsverhältnis als einer Dauerbeziehung geht die Verpflichtung des Arbeitnehmers zunächst auf Zurverfügungsstellung seiner Arbeitskraft in einem Gewaltverhältnisse. Dem Arbeitgeber kommt es jedoch wesentlich darauf an, daß der Arbeitnehmer Arbeit leistet. Daher betreffen die oben geschilderten Wirkungen des § 242 im Arbeitsverhältnis in erster Linie das Was, Wie und Ob der vom Arbeitgeber verlangten Arbeitsleistung. Da aber die Leistung dieser Arbeit fast ausnahmslos innerhalb der vom Arbeitgeber ins Leben gerufenen Organisation (Fabrik, Verwaltung, Geschäft, Unternehmer jeglicher Art, Haushalt, Familie) erfolgt, so ergibt daraus sich auch eine besondere Verkettung des Arbeitenden mit diesen Einrichtungen. Es entsteht naturgemäß schon bei verhältnismäßig kurzer Beschäftigungsdauer eine gewisse Verbundenheit zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, gerichtet auf ein gutes Funktionieren dieser Arbeitsorganisation. Aus der Gesamtheit der Umstände und der Art der übernommenen Arbeit erwächst von selbst das, was wir Treuverhältnis nennen: Eine Verpflichtung zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers, insbesondere der wirtschaftlichen oder, wie schon § 70 der

---

79) Enneccerus § 4 S. 12.
80) Staudinger a. a. O. § 242 III.
81) Enneccerus § 4 II, 2.
82 und 83) Staudinger § 242 III, 1.
84) In betreff des Arbeitsverhältnisses Oertmann S. 188.

alten preußischen Gesindeordnung bestimmte, eine Pflicht des Arbeitnehmers, „der Herrschaft Bestes zu befördern, Schaden und Nachteil aber, soweit an ihm ist, abzuwenden". Damit ist zum Ausdruck gebracht, daß vom Arbeitnehmer mehr verlangt wird als eine nur mechanische Ausführung der ihm aufgetragenen Arbeitsleistung, daß vielmehr obendrein ein Komplex von Pflichten entsteht, welche die über das reine Arbeitsergebnis hinausreichenden Interessen des Arbeitgebers betreffen und denen gegenüber der Arbeitnehmer nicht gleichgültig sein darf. Das zeigt sich im Arbeitsverhältnis in der verschiedensten Weise und in dem verschiedensten Umfange.

c) Der Arbeitnehmer darf keine ihm irgendwie zur Kenntnis gelangten Tatsachen, die den Kredit oder das Ansehen des Arbeitgebers schädigen könnten, Dritten mitteilen. Das ist als Vertrauensbruch nicht nur im § 72 Z. 1 HGB. und § 133c Z. 2 GewO. mit fristloser Entlassung bedroht, sondern darf bedenkenlos auch für andere Arbeitnehmer, insbesondere Hausangestellte gelten[85]). Ebensowenig darf der Arbeitnehmer seine Mitarbeiter zu Vertragsbruch oder Verletzung ihrer Pflichten aus dem Arbeitsvertrage verleiten. Er hat nicht erst nach dem § 16 des vorgeschlagenen Arbeitsvertragsgesetzes, sondern schon immer die Pflicht, Störungen am Arbeitsvorgange, Mängel des Materials, Fehler an Stoffen, Maschinen und Werkzeugen rechtzeitig zu melden[86]). Hierher gehören auch das Wettbewerbsverbot für Handlungsgehilfen (§ 60 HGB.), die Verbote der Annahme von Schmiergeldern und des Geheimnisverrats (§§ 12, 13, 17 Unl.Wettbew.Ges.) und der Untreue (§ 266 StGB.). Öfters rechnet man auch hierzu die Pflicht des Arbeitnehmers, in besonderen Notfällen eine andere als die versprochene Arbeit oder ein bedeutendes Mehr an Arbeit zu verrichten[87]), z. B. bei Brand als Angestellter auch körperliche Arbeit zu übernehmen oder bei einem durch Epidemie eintretenden Arbeitermangel längere Arbeitszeiten innezuhalten.

Selbstverständlich sind Art und Umfang dieser Treupflichten nach der Stellung des Arbeitnehmers und der Art seiner Tätigkeit verschieden. Sie sind mehr persönlicher Natur bei den Hausangestellten, mehr wirtschaftlicher Art bei den kaufmännischen Gehilfen. Weiter geht die Verpflichtung des leitenden Angestellten oder des in gehobener Stellung befindlichen Meisters als die des einfachen Arbeiters. Aber freigesprochen kann keiner davon werden, das Beste des Arbeitgebers in seinem Arbeitsbereiche zu fördern.

Es geht demnach die Treupflicht des Arbeitnehmers erheblich über das hinaus, was sonst Treu und Glauben in einem Schuldverhältnisse er-

85) So ungefähr Oertmann S. 188.
86) Hueck in HN. I. Bd. S. 180.
87) Richtiger ist es allerdings, diese Pflicht unmittelbar aus der Arbeitspflicht mit Hilfe von § 242 abzuleiten. So Hueck gegen Nikisch in HN. I. Bd. S. 180 Anm. 5.

fordern[88]). Während im Schuldverhältnis sonst der § 242 sich nur auf die konkret zu erbringende Leistung erstreckt, lassen sich im Arbeitsvertrage die aus Treu und Glauben kommenden Pflichten nicht mehr allein auf den Gegenstand des Arbeitsvertrages — Pflicht zur Arbeitsleistung — beschränken; denn sie erweitern die Sorge des Arbeitnehmers auch auf Dinge, die nicht unmittelbar mit der übernommenen Arbeitspflicht in Zusammenhang stehen[89]). Insbesondere regelt sie das mit der Arbeitsleistung nicht zusammenhängende Verhalten des Arbeitnehmers[90]). So ist der Arbeitnehmer z. B. gehalten, schadenbringende Handlungen anderer (Diebstahl, Unterschlagungen, Geheimnisverrat) dem Arbeitgeber anzuzeigen. So kann auch ein einfacher Arbeiter keinen Boykott gegen die im Betrieb, in dem er selbst arbeitet, hergestellten Waren veranstalten, ohne sich schwer gegen die Treue, die er den Interessen des Arbeitgebers schuldig ist, zu vergehen, obwohl doch gerade der Warenabsatz mit seiner Arbeitspflicht nicht das geringste zu tun hat. Auch auf das außerdienstliche Verhalten kann das Arbeitsverhältnis Wirkungen haben. Es gibt Arbeitsverhältnisse, in denen der Arbeitnehmer erst dann voll seine vertraglichen Pflichten erfüllt, wenn er auch außerhalb des Dienstes sich so beträgt, wie es die Sache gebietet, der er dient. Es kann ihm das Arbeitsverhältnis Beschränkungen politischer, konfessioneller und moralischer Art auferlegen. Beispiele hierfür sind die Partei- und Gewerkschaftsbeamten, die Arbeitnehmer in Betrieben und Unternehmungen mit besonderen religiösen, politischen, gewerkschaftlichen oder sonstigen idealistischen Tendenzen. Diese Arbeitnehmer genießen daher auch weniger Schutz gegen Entlassungen als andere (vergl. § 85/84 BRG.). Nach § 123 Z. 2 der GewO. kann liederlicher Lebenswandel beim gewerblichen Gesellen und Gehilfen — also sogar beim Fabrikarbeiter — zur Entlassung führen. Bei Hausangestellten höherer und niederer Art wird das als eine Selbstverständlichkeit anzusehen sein.

d) Wie man sieht, ist die Treue im Arbeitsverhältnis also doch „kein leerer Wahn". Es ist zwar richtig, daß sich alle diese Einzelpflichten mit Hilfe von § 242 BGB. aus dem Arbeitsverhältnisse ableiten lassen[91]). Doch wäre es unrichtig, bei der so besonders gearteten Beziehung von Arbeitnehmer zu Arbeitgeber die Entstehung eines Treuverhältnisses zu leugnen. Gewiß ist es keine Nibelungentreue, die verlangt wird. Der Wärme der Empfindung kann sie ruhig entbehren, wenn auch unbestreitbar bei längeren Arbeitsverhältnissen auch Gefühlsmomente eine Rolle spielen. Die Treue ist im Arbeitsverhältnisse mehr eine aus dem Gefühl für Recht und Billigkeit heraus geborene Haltung. Daß eine solche Beziehung mit Treue bezeichnet wird, ist durchaus kein sprachlicher Mangel. „Treue" zu sagen

---

88) Nipperdey in Staudinger II. Bd. 2. Teil, Vorbem. zu § 611 II, 6 c.
89) Oertmann S. 188.
90) Hueck in HN. I. Bd. S. 179; Kaskel S.78.
91) Sinzheimer S. 172; Nikisch, Grundformen, S. 124 ff

ist nicht etwa deshalb unzutreffend, weil gefühlsbetonte Begriffe in der Rechtssprache nicht gern Verwendung finden. Aber der Ausdruck „Pflicht zur Interessenwahrung", der dem hier vorliegenden Sachverhalt vielleicht noch am nächsten käme und einen Juristen mehr befriedigen könnte, ist zu ungenau und würde irreführen. Mit Hilfe dieses Begriffes könnte man zwar die Gegenstände finden, auf welche sich das besondere über die bloße Arbeitsleistung hinausreichende Verhalten des Arbeitnehmers beziehen soll. Es fehlte dann aber immer noch an einem Maßstab, an Hand dessen eindeutig auch der Umfang und Art der Sonderpflichten sich feststellen ließe. Aus diesem Grunde ist gerade hier der Ausdruck „Treue" am Platze. Treue erfaßt sowohl gegenständlich alle Pflichten, welche im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses entstehen können, aber begrenzt diese Pflicht zugleich auf das, was im Rahmen des moralisch Verantwortlichen geleistet werden muß. Interessen kann man auch wahren, indem man Recht und Sitte verletzt. Durch die Einführung des in seinem Ursprung sittlichen Treuebegriffs in das Arbeitsverhältnis erhalten die subjektiv gefärbten Interessen des Arbeitgebers eine objektive Wertung. Nur im Rahmen dieser Wertung verpflichten sie den Arbeitnehmer. Auf diese Weise befreit der Treuebegriff mit seinem sittlichen Gehalt das Arbeitsverhältnis von aller Ungebühr, die so leicht aus den Interessen des Arbeitgebers für den Arbeitnehmer entspringt, und bietet die Möglichkeit, aus der Gesamtlage des Falles mit genügender Sicherheit den Gegenstand und den Umfang der neben der Arbeitspflicht vorhandenen Sonderpflichten festzustellen.

Durch das Vorhandensein eines solchen Treueverhältnisses wandelt sich das Arbeitsverhältnis nicht etwa in ein ethisches Verhältnis. Es bleibt ein Rechtsverhältnis. Zwar ist die Treue ihrer Herkunft nach ein sittlicher Begriff. Sie ist aber durch ihre Aufnahme ins Recht (§ 242 BGB.) ein Rechtsbegriff geworden, der gerade dort die rechtlichen Beziehungen abgrenzen soll, wo eine konkrete ins einzelne gehende Pflichtenfestsetzung von vornherein unmöglich ist. Dieser Fall ist im Arbeitsverhältnis gegeben.

III. Die Stellung des Arbeitsverhältnisses im System der Rechtsverhältnisse.

a) Daß der Arbeitsvertrag, von Spezialgesetzen abgesehen, seine allgemeinrechtliche Regelung im Dienstvertrag des BGB. gefunden hat, ist heute unbestritten. Eine andere Möglichkeit ist ja auch kaum denkbar. In Frage kämen nur der Dienstvertrag und der Werkvertrag. Da aber beim Werkvertrage die vom Verpflichteten zu leistende Arbeit stets als eine juristische Einheit im Hinblick auf ihren Erfolg betrachtet wird, während der Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag Arbeit schlechthin verspricht ohne Rücksicht auf ihren Erfolg, so bleibt für die rechtliche Regelung des Arbeitsvertrages nur der Dienstvertrag[92]).

---

[92]) Hachenburg S. 42/43.

Damit findet sich der Arbeitsvertrag unter den Schuldverträgen des Privatrechts. An dieser Tatsache hat Potthoff wegen der eigenartigen Wirkungen des Arbeitsvertrages Anstoß genommen. Er glaubt, das Arbeitsverhältnis eng dem Familien- und Beamtenrecht, die er beide als gleich personenrechtlich ansieht, an die Seite stellen zu müssen. Aus der von ihm besonders betonten Eingliederung des Arbeitnehmers in die Organisation des Betriebes, der Hingabe des Arbeiters selbst als Person in die Herrschaft des Arbeitgebers, zieht Potthoff den Schluß, daß mit dem Arbeitsverhältnis ein reines personenrechtliches Verhältnis begründet werde[93]). Seine Einordnung in das Schuldrecht entspreche nicht den Tatsachen des Lebens.

Es ist ausschlaggebend bei dieser Frage, was man unter personenrechtlichen Verhältnissen begreift. Einleuchtend dürfte sein, daß nicht jedes Rechtsverhältnis, in dem auch Rechte über andere Personen vorkommen, zugleich schon als ein volles Personenrechtsverhältnis anzusehen ist. Entweder stellt man es darauf ab, ob dieser personenrechtliche Einschlag überwiegt, oder darauf, ob das gesamte Verhältnis auf die persönlichen Beziehungen von Mensch zu Mensch aufgebaut ist, also die persönliche Verbundenheit der Vertragspartner die Grundlage und den Zweck des Verhältnisses bildet. Diese Begrenzung der personenrechtlichen Verhältnisse erscheint mit Lutz Richter[94]) geboten. Beachtung verdient weiter auch, daß auch im Ehe- und Kindesverhältnis schuldrechtliche Beziehungen entstehen wie im Arbeitsverhältnis eben auch personenrechtliche. Kann es da richtig sein, wenn man es bei der Unterscheidung von personen- und schuldrechtlichen Verhältnissen auf das Überwiegen der einen oder anderen Merkmale ankommen läßt, wie das Kaskel[95]) tut? Personenrecht kann vielmehr nur dort gegeben sein, „wo an unmittelbar körperliche, geistige und seelische Beziehungen von Mensch zu Mensch rechtliche Folgen geknüpft werden"[96]). Personenrechtsverhältnisse sind daher die Rechtsbeziehungen von Mann und Frau, Eltern und Kinder, Vormund und Mündel. Wohl kommen beim Arbeitsverhältnisse Erscheinungen vor, die an familienartige Beziehungen erinnern, z. B. das Befehlsrecht des Arbeitgebers, die Zuchtgewalt des Lehrherrn, die Hausgewalt des Arbeitgebers bei Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft und die Treupflicht des Arbeitnehmers. Aber das Arbeitsverhältnis beruht nicht auf den persönlichen Beziehungen von Arbeitnehmern zu Arbeitgeber, sondern ist auf Arbeit gegründet. Von dieser Arbeit aus erhält das ganze Verhältnis sein Gepräge und seine rechtliche Gestalt, nicht von der

---

93) Potthoff S. 35 ff.

94) Grundverhältnisse S. 80: „Die rechtlich zu regelnde gesellschaftliche Berührung der Menschen untereinander kann nämlich unmittelbar stattfinden von Person zu Person, oder sie kann vermittelt werden durch wirtschaftliche, sächliche Güter oder endlich durch Arbeit.

95) Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 428.

96) Lutz Richter S. 80.

personenrechtlichen Seite her[97]). Von körperlichen, geistigen und seelischen Beziehungen ist keine Rede, am allerwenigsten in Großbetrieben, die gerade Potthoff[98]) im Auge hat, weil eben im Betriebe, wie Rosenstock[99]) sagt, nicht Personen organisiert werden wie in Familie und Staat sondern etwas Drittes: die Arbeitskraft.

Insbesondere ist die Behauptung Potthoffs[100]), daß der Arbeiter sich selbst leiste „eine Übertreibung"[101]). Richtig ist das nur für die Zeitdauer der Arbeitsleistung; denn diese erfordert stets den ganzen Menschen. Demnach kann von einer vollkommenen Leistung der gesamten Persönlichkeit in keinem Arbeitsverhältnis die Rede sein, nicht einmal beim Dienstmädchen, bei der die Aufgabe der eigenen Persönlichkeit fast vollständig ist. Sich selbst leisten aber hieße, sich in Sklaverei begeben[102]). Der Sklave unterlag mit seiner ganzen Persönlichkeit seinem Herrn, mußte sich von ihm sein Leben gestalten lassen. „Das Arbeitsverhältnis aber verschlingt den Arbeitnehmer weder rechtlich noch tatsächlich vollkommen"[103]), wie das beim Sklaven der Fall ist. Der Arbeitnehmer von heute bestimmt eigenmächtig seine persönliche Entwicklung; nur in bezug auf die von ihm zu leistende Arbeit unterliegt er dem Befehlsrecht des Arbeitgebers, und die Einwirkung auf seine über die Verwendung der Arbeitskraft hinausreichende Persönlichkeitssphäre hat ihre Grenzen in den Anforderungen, welche die Natur des Betriebes stellt[104]). Der Arbeitnehmer ist immer noch Herr seiner selbst. „Er kann neben seiner Stellung als Arbeitnehmer sowohl gesellschaftlich wie rechtlich noch in andern Rollen auftreten"[105]). Vor allem ist er Herr über den Bestand des Arbeitsverhältnisses; denn er kann es jederzeit lösen. Eine Bindung seiner Person an den Vertragspartner, wie das bei den reinen Personenrechtsverhältnissen der Fall ist, erfolgt hier nicht. Es wird auch nur die Person des Arbeitenden, nicht die des Arbeitgebers vom Vertrage erfaßt[106]). Das ganze Verhältnis ist also von der personenrechtlichen Seite her gesehen gänzlich einseitig und kann daher mit den Familienverhältnissen keinen Vergleich aushalten[107]).

b) Auch aus dem Vorhandensein eines Gewaltverhältnisses ergibt sich ebenfalls noch nicht eine Einreihung des Arbeitsverhältnisses in die Ordnung des Familienrechts; denn auch das Schuldrecht kann Dauerherrschaft vermitteln. Das beweist der Mietvertrag, dessen Erfüllung in

97) Oertmann S. 15: „Eine solche Erstreckung gehört . . . . . älteren gesellschaftlichen Entwicklungsstufen, besonders im Sinne patriarchalischer Auffassung an."
98) S. 35 ff.
99) Vom Industrierecht S. 21.
100) S. 36.
101) Nikisch, Grundformen S. 188.
102) Hueck in HN. I. Bd. S. 102.
103) Lutz Richter S. 115.
104) Vergl. S. 63 dieser Arbeit.
105) Lutz Richter S. 115.
106) Lutz Richter S. 85.
107) Silberschmidt S. 59.

der Einräumung und Aufrechterhaltung einer Sachherrschaft besteht, ohne daß dadurch das ganze Verhältnis ins Sachenrecht gerückt wird[108]); denn Gegenstand der Schuldverhältnisse ist im geltenden Recht die Leistung von Sachen, Sachnutzung und Arbeit[109]). Trotz seines starken personenrechtlichen Einschlages ist bisher nicht nur die Form, sondern auch die Regelung des Arbeitsverhältnisses selbst in seinen wichtigsten Teilen schuldrechtlich geblieben: Begründung und Beendigung, Verzug, Annahme und Unmöglichkeit der Leistung und Zahlung des Lohnes sind schuldrechtlich geregelt[110]).

So ist der Arbeitsvertrag, um mit Sinzheimer[111]) zu sprechen, „ein Vertrag mit schuld- und personenrechtlichen Wirkungen". Formell gehört er nach der geltenden Rechtsordnung in das Schuldrecht. Seiner inneren Struktur nach ist er dagegen, obwohl er auch schuldrechtliche Beziehungen auslöst, nicht im Gebiete des Vermögensrechts unterzubringen. Er gehört vielmehr ins Arbeitsrecht, dessen Gegenstand die menschliche Arbeitskraft im abhängigen Dienste anderer ist. Dieses Arbeitsrecht darf für sich die Stellung eines Sondergebietes zwischen dem Sachgüter- und Personenrecht beanspruchen[112]), weil man der menschlichen Arbeitskraft im Dienste anderer nicht ausnahmslos mit Rechtsnormen beikommen kann, die dem Verkehr mit toten Sachen entnommen sind, noch weniger mit Normen, die familienartige Beziehungen voraussetzen.

IV. Zusammenfassung (Arbeitnehmerbegriff).

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung über das Wesen des Arbeitnehmers als des eines Teiles des Arbeitsverhältnisses ist also folgendes:

Arbeitnehmer ist, wer für längere Zeit — in der Regel gegen Entgelt — im Dienste eines andern (des Arbeitgebers) zur Leistung eigener Arbeit derart verpflichtet ist, daß ein einfaches Gewaltverhältnis entsteht und ein durch die Art der Beschäftigung inhaltlich bestimmtes Treueverhältnis.

---

108) Nikisch, Grundformen S. 189.
109) Silberschmidt S. 57.
110) Ballbracht S. 130.
111) Sinzheimer S. 119 Anm. 2.
112) Lutz Richter, S. 86; Rosenstock JW. 1922 S. 560.

Vierter Abschnitt.

Der Berufsbeamtenbegriff.

I. Die Begrenzung des Beamtenbegriffs auf die Berufsbeamten.

1) Die Begrenzung des Begriffes „Beamter" ist für den Rahmen dieser Arbeit notwendig. Das Wort „Beamter" bedeutet ja in der Gesetzes- und Rechtssprache nicht minder dasselbe. Es hat einen andern Umfang in § 1 des Reichsbeamtengesetzes als in § 359 StGB. oder gar in § 839 BGB. Selbst die allgemeine Bedeutung dieses Wortes, wie Loening[1]) sie versteht, „Beamter ist eine Person, welcher die Verpflichtung auferlegt ist, in dienstlicher Unterordnung unter ein Organ des Staates bzw. des Kommunalverbandes amtliche Funktionen auszuführen", bedarf einer bedeutsamen Einschränkung und Erweiterung.

Für die in dieser Arbeit gestellte Frage, ob eine Ausdehnung des heute geltenden Arbeitnehmerbegriffes auf die Beamten möglich ist, ergibt sich von selbst eine Begrenzung des Begriffes „Beamter" auf diejenigen Personen,

> die berufsmäßig gegenüber dem Reiche, den Ländern, den Gemeinden oder einer sonstigen juristischen Person des öffentlichen Rechts in einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis zur Leistung von Diensten verpflichtet sind.

Durch die Betonung der berufsmäßigen Dienstleistung scheiden eine Reihe von Personen aus, die sonst öfter den Namen „Beamte" tragen, weil sie Dienste (Ämter) für irgendein Gemeinwesen versehen. In erster Linie entfallen also die Ehrenbeamten, die ihr öffentliches Amt nicht von Berufs wegen, sondern neben ihrer sonstigen privaten Erwerbstätigkeit ausüben, z. B. Stadträte in kleineren Gemeinden. Desgleichen sind hier nicht gemeint alle diejenigen, die auf Grund allgemeiner öffentlicher Bürgerpflichten vorübergehend ein öffentliches Amt bekleiden, wie die Geschworenen und Schöffen. Ebensowenig rechnen zu den Beamten in unserem Sinne alle, die zwar in Staats- und Gemeindediensten ein öffentliches Amt innehaben, wie z. B. der Feldhüter und Flurschütze, aber doch nur auf Grund eines Privatdienstvertrages angestellt sind; denn das Wort „Beamter" soll hier nur den berufsmäßigen Staatsdiener bezeichnen, der nach öffentlichem Recht lebt.

---

1) S. 115.

2) Zur Klärung des Begriffs „Berufsbeamter" bedarf es nun einer eingehenden Untersuchung des beruflichen Beamtendienstverhältnisses auf seine rechtlichen Wirkungen hin, und um erkennen zu können, was in Wahrheit den Berufsbeamten von dem privatrechtlichen Arbeitnehmer unterscheidet, müssen die bereits im vorigen Abschnitt gewonnenen Erkenntnis über das Wesen des privaten Arbeitsverhältnisses ständig zum Vergleich herangezogen werden.

3) Zuerst darf negativ in Übereinstimmung mit der in der Staatsrechtswissenschaft herrschenden Auffassung gesagt werden, daß es für das Vorhandensein eines Beamtenverhältnisses völlig gleichgültig ist, ob der als Beamter Angestellte ein öffentliches Amt bekleidet oder nicht, ob er höhere oder niedere Dienste verrichtet, ob er lebenslänglich oder auf Kündigung angestellt ist, ob er einen Diensteid geleistet hat, ob er sich noch im Vorbereitungsdienste befindet oder schon als vollwertige Kraft angesehen wird, sofern er nur bei einer öffentlichrechtlichen Körperschaft als Beamter oder Beamtenanwärter verpflichtet ist[2]). Den eigentlichen Kern des beruflichen Beamtendienstverhältnisses bildet vielmehr die rechtliche Verschmelzung von Beruf und Dienst[3]) in Unterordnung in einem Gemeinwesen. Die Ausübung eines Berufes ist Motiv und Zweck auf seiten des anzustellenden Beamten, die Erlangung von Dienstleistungen Motiv und Zweck auf Seiten des anstellenden Gemeinwesens. Von der Spannung her, die sich aus der gegenseitigen Interessenlage ergibt, erhält das Beamtenverhältnis sein Gepräge.

II. Die berufliche Seite des Beamtenverhältnisses.

Der Beruf als selbstgewählte Lebensordnung ist für jeden Menschen eine Notwendigkeit in doppelter Hinsicht. Er ist eine ideelle Notwendigkeit, weil nur durch die Betätigung im Beruf das Leben des Menschen Sinn und Inhalt bekommt. In materieller Beziehung ist berufliche Arbeit unentbehrlich, weil, von nur ganz wenigen abgesehen, allein der Beruf dem einzelnen Menschen und seiner Familie eine sichere Existenzgrundlage gewährleistet.

Vom Beruf her gesehen finden daher drei Eigenschaften des Beamtendienstverhältnisses ihre hinreichende Erklärung und Rechtfertigung: Die vertragsmäßige Begründung des Dienstes, seine Entgeltlichkeit und längere Dauer.

1) Die vertragsmäßige Begründung des Beamtenverhältnisses.

a) Sich berufsmäßig für den Staat aufzuopfern ist nach den bestehenden Gesetzen niemand verpflichtet. Das ist aber nicht nur deshalb so, weil es

---

[2]) Arndt S. 634; Brand, Beamtenrecht S. 19 ff.; RBG. S. 9 ff.; Laband S. 9,406 ff.; Meyer-Dochow S. 573/574.
[3]) Triepel S. 16.

die Gesetze nicht verlangen. Ein Recht, ein Mitglied eines Gemeinwesens gegen seinen Willen berufsmäßig — also für die Dauer seines Lebens — mit Beschlag zu belegen, kann niemals anerkannt werden. Das Gemeinwesen soll dem Wohle des einzelnen dienen und allerdings unter Berücksichtigung des Gemeinwohls seine Persönlichkeit fördern. Es darf die Persönlichkeit des einzelnen, der von Natur aus ein ebenso starkes Lebensrecht hat wie das Gemeinwesen, nicht durch Zwang unterdrücken, bekennt sich doch der einzelne zur Gesamtheit nicht nur um der Gemeinschaft, sondern mehr um seiner selbst willen. Das hindert aber nicht, daß der einzelne im Interesse der Gesamtheit in vielen Beziehungen tätig werden muß. Notfalls darf ihm auch hierfür Zwang auferlegt werden. Von diesem Recht hat der moderne Staat durch die Pflicht zur Annahme von nebenberuflichen Ehrenämtern — Geschworenen- und Schöffendienst, Vormundschaften — Gebrauch gemacht. Zu seinen ständigen berufsmäßigen Dienern aber nimmt der Staat nur diejenigen, die sich ihm freiwillig verpflichten; denn in die Berufswahl kann sich kein Gemeinwesen einmischen, weil sie von Natur aus zur staatsfreien Sphäre des Menschen gehört. Wollte der Staat Zwang ausüben, so würde er seine Befugnisse überschreiten. Er würde etwas für Recht und Gesetz erklären, was nicht als Recht empfunden wird. Auch der Staat kann nicht alles und findet gerade beim Rechtsetzen eine unüberwindliche Schranke im Rechtsempfinden seiner Einzelglieder. Es ist zwar zu begreifen, daß einzelne Rechtslehrer, die beruflichen Beamtendienstverhältnisse in unmittelbarem Zusammenhang bringen mit den oben erwähnten öffentlichen Zwangsdienstpflichten[4]), weil eine gewisse Ähnlichkeit zwischen der öffentlichen Zwangsdienstpflicht und dem freiwilligen Beamtendienst vorhanden ist. Durch die gemeinsame Ableitung beider aus der öffentlichen Dienstpflicht wird aber der Blick für das Wesen des beruflichen Beamtendienstes getrübt. Nicht aus einer allgemeinen öffentlichen Pflicht zum Dienste für die Allgemeinheit erhält es seine Eigenart, sondern aus der freiwilligen Übernahme beruflicher Tätigkeit erklären sich die wichtigsten Eigenschaften wie Gehalt und Pension und e i n f a c h e s Gewaltverhältnis.

b) Schon äußerlich tritt das dadurch in Erscheinung, daß der Staat mit den berufsmäßigen Dienern paktiert, den Zwangsdienstpflichtigen dagegen durch obrigkeitlichen Akt ihre Tätigkeit anbefiehlt. Die Frage, ob die Beamtenanstellung ein Vertrag oder einseitiger Staatsakt auf Unterwerfung ist, steht also mit der Freiwilligkeit des Dienstes in unverkennbarem Zusammenhange. Die Gegner der Vertragstheorie stützen sich bei ihrer Meinung hauptsächlich auf die Tatsache, daß ein Vertrag gleichberechtigte, sich unabhängig gegenüberstehende Kontrahenten voraussetze[5]). Das ist richtig. Es ist aber unrichtig, daß Staat und Indivi-

[4]) Hatschek, Verwaltungsrecht S. 300 ff.; Otto Mayer S. 243 ff.
[5]) Otto Mayer S. 262; Fleiner S. 193; Brand, Beamtenrecht S. 54.

duum in allen Beziehungen in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung stehen. Eine allseitige Unterwerfung der Persönlichkeit des Bürgers unter die Staatsmacht verträgt sich nicht mit dem Gedanken des Rechtsstaates. „Das folgt einfach aus der Anerkennung des status libertatis durch den Staat, auf dessen Boden Staat und Individuum ganz unabhängig voneinander und daher einander gleichwertig dastehen“[6]). In der Frage, ob ein Eintritt in den Staatsdienst erfolgen soll, liegt darum völlige Gleichberechtigung zwischen Staat und Individuum vor; denn es handelt sich um die staatsfreie Sphäre der Berufswahl und Lebensgestaltung durch Verwendung der Arbeitskraft. Andernfalls müßte jeder Staatsbürger gewärtig sein, daß man ihn durch Staatsakt seinem bisherigen Wirkungskreis entziehen könnte, der Staat also beispielsweise den „Fabrikdirektor zum Briefträger“[7]) ernennen dürfte. Wer in den Staatsdienst eintreten will, ist vielmehr nicht weniger frei oder unfrei wie der private Arbeitnehmer auch. Niemand zwingt ihn, sich dem Staat zu verschreiben. Freilich ist dem Beamtenanwärter fast ausnahmslos ein Einfluß auf die Gestaltung seines Rechtsverhältnisses zum Staat nicht gegeben, weil bereits alles gesetzlich normiert ist. Er steht darin nicht schlechter als der private Arbeitnehmer im herrschenden Tarifsystem oder im vorkriegsmäßigen einseitigen Diktat der Arbeitsbedingungen durch den Arbeitgeber[8]). Im übrigen geben selbst die Anhänger des einseitigen Anstellungsaktes die Möglichkeit einer vertraglichen Einigung zu über Punkte, welche die gesetzlich normierten Bedingungen des Beamtenverhältnisses ergänzen sollen, z. B. über Anrechnung von Dienstjahren, Gehalt, Pension, Versetzung in den Ruhestand. Besonders geschieht dies bei Gewinnung hervorragender Kräfte für den Staatsdienst[9]). Trotzdem bleibt man dabei, daß diese Abmachungen nur vorbereitenden Charakter hätten und die rechtliche Natur der einseitigen Anstellung nicht verändern könnten[10]). Man hat daher seine Zuflucht zu dem Ausdruck „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ genommen[11]), der die Zustimmung des Betroffenen voraussetze.

Daß man auf diesen Ausweg verfiel, hat seinen Grund neben der allzu starken Betonung der Unterwerfung des Beamten unter die Staatsgewalt auch in dem Umstand, daß man sich keinen anderen Vertrag vorstellen kann als einen mit obligatorischen Wirkungen[12]). Daß es auch im Privatrecht Verträge auf Begebung in ein Gewaltverhältnis gibt, hat die genaue Betrachtung des Arbeitsverhältnisses gezeigt. In Wahrheit ist es doch nur eine von der Rechtsnatur der Anstellung ganz un-

---

6) Georg Jellinek S. 210.
7) Als Beispiel für die Freiwilligkeit des Beamtendienstes angeführt bei Helfritz, Grundzüge S. 46.
8) Grünberg b. Rosenstock, Werkstattaussiedlung S. 196.
9) Helfritz, Grundzüge S. 47.
10) Helfritz, Grundzüge S. 47; Brand, Beamtenrecht S. 54; RBG. S. 14.
11) Otto Mayer S. 262; Hatschek, Verwaltungsrecht S. 303; Fleiner S. 193.
12) Laband S. 412.

abhängige Frage, welche Rechtsfolgen auf Grund von Abmachungen zwischen Staat und Angestellten eintreten. Daß dadurch ein Gewaltverhältnis entsteht, kann die Vertragsnatur der Anstellung nicht berühren. Es stehen anstellende Behörde und Beamte, Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Einstellung auf gleicher Stufe und vollziehen die Aufnahme in den Staats- und Privatdienst durch gegenseitige Willensübereinstimmung. Das ist es, was man bei Gleichordnung der Partner Vertrag nennt. Daraufhin erst tritt Über- und Unterordnung ein. Gerade diese Umstände werden von den Verfechtern des einseitigen Anstellungsaktes nicht genügend gewürdigt. Der Vertrag ist eben kein privatrechtlicher, sondern ein allgemeiner Rechtsbegriff[13]).

c) Im übrigen ist der Streit um die Rechtsnatur der Anstellung des Beamten gar nicht von so überragender Bedeutung. Das Beamtenverhältnis erhält seine Wirkung nicht so sehr auf Grund der bei der Anstellung getroffenen Abmachungen als vielmehr durch die Ausübung des Dienstes. Wie das Arbeitsrecht an das Arbeitsverhältnis anknüpft, und nicht an den Arbeitsvertrag[14]), so geht auch das Beamtenrecht nicht allein ausnahmslos von der Anstellung aus, sondern ebenfalls auch von der Tatsache, daß überhaupt ein Beamtenverhältnis vorliegt. Das kann aber auch gegen den Willen der anstellenden Behörde der Fall sein, wenn die Natur der von dem Angestellten zu leistenden Dienste Beamteneigenschaft erfordert[15]).

2) Die Entgeltlichkeit des Staatsdienstes.

Nach herrschender Meinung ist die Entgeltlichkeit nicht unbedingte Voraussetzung für das Vorhandensein eines Beamtenverhältnisses. Dem ist cum grano salis beizustimmen. Im Berufsbeamtentum kommt jedoch eine unentgeltliche Beschäftigung nur bei Beamtenanwärternn vor. Das hat vom Berufsgedanken aus betrachtet seine Berechtigung, weil die unentgeltliche Tätigkeit nur vorübergehender und vorbereitender Art ist. Sie wird mit dem Ziele angetreten, in eine entgeltliche überzugehen. Aber auch soweit den Anwärtern sog. Unterhaltszuschüsse gewährt werden, sind sie ein Entgelt für die geleisteten Dienste, denn sie werden regelmäßig tüchtigen Anwärtern in Anerkennung ihrer Leistungen gegeben.

Über den Lohncharakter des Beamtengehalts ist viel gestritten worden. Man hat mit dem Berufsethos des Beamten, der seine gesamte Persönlichkeit in den Dienst des Staates stelle, den Gegenleistungscharakter des Gehalts nicht vereinbaren zu können geglaubt. Man stellt das Gehalt als eine Alimentierung des Beamten, eine Unterhaltsrente[16]), auch als

---

13) Georg Jellinek S. 211 ff.; Laband S. 413; Loening S. 119; Rehm Annalen 1885 S. 113 ff. und Sinzheimer S. 36 bejahen die Vertragsnatur der Beamtenanstellung. — Eine Mittelstellung nimmt Walter Jellinek S. 250 ein, der in der Anstellung einen zweiseitigen Verwaltungsakt sieht.
14) Sinzheimer S. 37.
15) Brand, Beamtenrecht S. 18/19.
16) Brand, Beamtenrecht S. 100; RBG. S. 46; Köttgen S. 62/63; Laband S. 469; Waldecker S. 158.

einen Beitrag zum Lebensunterhalt hin[17]). Nun ist doch gerade einer der ersten Grundsätze unserer Ethik, auf der besonders auch das Beamtendienstverhältnis beruhen soll, daß jede Arbeit ihres Lohnes wert ist und sei es auch nur des Dankes[18]). So ist auch die Arbeit des Beamten ihres Lohnes wert und die Gewährung des Gehaltes durch den Staat ist kein Gnadenakt, zu dem es herabsinken würde, stünde dem Beamten nur ein Recht auf einen angemessenen Beitrag zum Lebensunterhalte zu und nicht ein wohlbegründetes Recht auf eine angemessene Gegenleistung dafür, daß er seine Zeit und Kraft im Dienste des Staates aufbraucht und zu andern Erwerbsquellen schon aus Zeitmangel keinen Zutritt hat, abgesehen davon, daß es ihm in der Regel verboten ist, ein Nebenamt zu übernehmen oder ein Gewerbe zu betreiben. (§ 16 RBG.). Waldecker[19]) wehrt sich darum nicht mit unrecht gegen die Tendenz, insbesondere Pensionen zu Zuschüssen zu den sonstigen Einnahmen des Beamten oder seiner Familie herabzudrücken. Dieser Standpunkt, daß Gehalt und Pensionen ohne Rücksicht auf die sonstige wirtschaftliche Lage des Beamten zu gewähren seien, ist nur berechtigt, sofern man beide als eine echte Gegenleistung für die vom Beamten geleistete Arbeit betrachtet, eine Konsequenz, die Waldecker zu ziehen aber nicht geneigt scheint[20]). Es bleibt nur übrig, den Gegenleistungscharakter von Gehalt und Pension anzuerkennen, wie ja auch in der Tat ein Unterschied zwischen der Lage des privaten Staatsangestellten — Dauerangestellten — und öffentlichrechtlichen Beamten inbezug auf das Gehalt gar nicht besteht[21]). In beiden Fällen geht der Staat von der Voraussetzung aus, der Beamte habe nur das Gehalt zum Leben und trägt der besonderen Vermögenslage des einzelnen Beamten keine Rechnung. Das müßte er aber, wenn er dem Beamten das Gehalt nur gewähren wollte, um ihn zu alimentieren oder vor wirtschaftlicher Bedrängnis zu schützen, wie Brand meint[22]). Der Staat könnte sich dann das Gehalt ganz oder teilweise sparen, soweit der Beamte anderweit oder aus seinem Vermögen Einkünfte bezieht[23]). Daß dies nicht geschieht, beweist nur zu deutlich, daß man Gehalt und Pension nicht aus einem Schutzverhältnisse, in dem der Beamte stehen soll, erklären kann. Es ist zwar richtig, daß der Staat durch die Art, wie er Gehalt und Pension gewährt, bei lebenslänglicher Anstellung den Beamten versorgen will. Er kümmert sich aber nicht um die wirklichen Bedürfnisse des Beamten, sondern setzt das Gehalt, besonders aber die Pension nach Dienstalter fest und macht,

---

17) Gerber, Vom Begriff u. Wesen d. Beamtentums S. 69.
18) Molitor, Geschichte d. Arb. Vertr. S. 379.
19) Waldecker S. 158.
20) Waldecker S. 158.
21) Walter Jellinek S. 379/380.
22) Beamtenrecht S. 13.
23) Eine ganz andere Rechtfertigung hat es, wenn der Staat auf Pensionen Einkünfte des Beamten aus anderer Diensttätigkeit anrechnet. Hier soll der durch die Pensionierung bereits materiell gesicherte Beamte nicht andere durch Unterbietung aus Lohn und Arbeit verdrängen (Doppelverdienertum).

von Kinderzulagen abgesehen, kaum einen Unterschied zwischen Verheirateten und Ledigen. Von einem Willen zur Versorgung kann im übrigen auf keinen Fall bei den auf Kündigung oder Widerruf angestellten Beamten gesprochen werden. Schließlich gibt es auch viele private Arbeitnehmer mit lebenslänglicher Anstellung und Pensionsberechtigung, ohne daß man geneigt wäre, hier von einer Alimentierung oder Versorgung zu reden. Das Versorgungsrecht ist überhaupt in keiner Weise etwas dem Beamten Eigentümliches. Es ist ein alter deutscher Rechtsgrundsatz, daß der Arbeitgeber zur Fürsorge für seine Arbeitnehmer bei Krankheit und Arbeitsunfähigkeit verpflichtet sei. Dieser lange Zeit unbeachtet gebliebene Grundsatz ist heute für alle in abhängigem Dienste anderer Tätigen — dazu gehören Arbeiter, Angestellte und Beamte — anerkannt und durchgeführt. Beim Beamten ist dies geschehen durch den Anspruch auf Gehalt im Krankheitsfalle und auf Pension bei Arbeitsunfähigkeit. Dem Arbeiter und Angestellten ist der gleiche Anspruch sichergestellt durch die sozialen Versicherungen. Mit Recht bezeichnet daher Otto Mayer[24]) Alimentation, Unterhaltsrente und Beitrag zum Lebensunterhalt als „geschraubte Formeln, die aus der Werdezeit des öffentlichen Rechts stehen geblieben sind". Gehalt und Pension bilden eben in ihrer Gesamtheit die Gegenleistung — den Lohn — des Staates für die vom Beamten in seinem Dienste ausgeübte Tätigkeit[25]).

Nun ist nach herrschender und richtiger Meinung die Entgeltlichkeit — Gehalt, Pension, Hinterbliebenenversorgung — kein für alle Beamtenverhältnisse zutreffendes Merkmal. Wo es aber vorkommt, und das ist die Regel, haben wir es bei Vorhandensein der noch zu besprechenden andern Merkmale immer mit einem Berufsbeamten zu tun. Wollte man nämlich bei Untersuchung des Berufsbeamtenbegriffs die Entlohnungsfrage beiseite lassen, so würde eine bedenkliche Lücke klaffen. Gehalt und Pension sind von dem Beamten nicht wegzudenkende Begriffe, weil die berufliche Betätigung des Beamten ihrer Natur nach entgeltlich sein muß. Gerade die steten Kämpfe um die Höhe des Gehaltes und die Erbitterung, mit der die Beamtenschaft um die Besserstellung ihrer materiellen Lage bisher gekämpft hat und die Langsamkeit, mit der sie sich an den Gedanken gewöhnen konnte, daß das Entgelt der wirtschaftlichen Lage des Staates ständig neu angepaßt werden muß, sagen zur Genüge, wie sehr Gehalt und Pension auch für den Berufsbeamten und dessen Interesse am Dienst beim Staat eine ausschlaggebende Rolle spielen. Das berufliche Beamtenverhältnis kann daher begrifflich nicht umschrieben werden, ohne Aufnahme des Entgeltsmomentes in die Definition des Berufsbeamten, von dem eine der ersten Erkenntnisse also lautet: Gegen Entgelt (Gehalt,

---

24) S. 382 Anm. 2.
25) Arndt S. 663.

Pension) oder mit Aussicht auf Übernahme in den entgeltlichen Staatsdienst angestellt.

b) In diesem Zusammenhange muß noch Stellung genommen werden zu der Tatsache, daß die Festsetzung des Beamtengehaltes durch staatlichen Akt (Gesetz), also einseitig erfolgt, sofern damit eine Änderung der bei der Anstellung geltenden Regelung vorgenommen wird. Im privaten Arbeitsvertrag dagegen geschieht die Regelung der Entlohnung jedesmal im Wege gegenseitiger Übereinkunft. Theoretisch ja, praktisch dagegen nur in Ausnahmefällen. In Wirklichkeit war schon vor dem Kriege der Lohn in den allermeisten Fällen ein einseitiges Diktat des Arbeitgebers. In neuester Zeit steht der Angestellte und Arbeiter unter der Herrschaft der Tarife, auf deren Gestaltung er allerdings durch seine Organisationen maßgebenden Einfluß besitzt. Der Beamte dagegen hat einen solchen Einfluß nicht, wenigstens nicht offiziell. Darin liegt freilich ein Unterschied, den man nicht ohne weiteres wegdiskutieren könnte, gäbe es nicht im Privatrecht eine Erscheinung, die mit der beim Beamten obwaltenden Lage genau übereinstimmt. Es handelt sich um große Teile der nach Privatrecht zu beurteilenden Behördenangestellten, insbesondere um die Dauerangestellten in den preußischen Kommunen. Wie Wacke[26]) ausführt, wird die Besoldung dieser privaten Arbeitnehmer nur in den seltensten Fällen durch Tarifvertrag oder freie Vereinbarung geregelt, sondern erfolgt fast ausnahmslos durch die Dienstbehörde einseitig nach der sinngemäß anzuwendenden staatlichen Besoldungsordnung. Das geschieht auch in der Weise, daß zukünftige Änderungen der staatlichen Gesetzgebung ohne weiteres auf die Dauerangestellten Anwendung finden. Für die nach Gemeindebeschluß (Beschluß des Gemeindeverbandes) den Beamten gleichzuachtenden ständig Angestellten und Anwärtern ist diese Regelung bereits durch Gesetz vom 6. 7. 1920 vorgeschrieben worden. Seit der Neuregelung der Beamtenbesoldung ist hierfür maßgebend die Bestimmung des § 43 Abs. 2 des Gesetzes vom 17. 12. 1927[27]).

Es ist also für eine große Anzahl von Privatangestellten die Möglichkeit freier Lohnvereinbarung vollständig ausgeschaltet. Sie können auf eine ihnen unbequeme Änderung ihrer Besoldung nicht anders reagieren als die Beamten, d. h. durch Dienstaustritt. In Wahrheit ist diese Einseitigkeit der Entgeltsregelung eine Erscheinung, die mit jeder Jahre währenden Beschäftigung im Dienste anderer zusammenhängt. Niemals lassen sich die Verhältnisse auf Jahre hinaus voraussehen. Es verlieren daher häufig anfangs zugesicherte Entgelte ihre Grundlage. Derjenige

---

26) S. 11 ff.

27) Pr. Ges. Samml. 1927 S. 234. — Mag man auch Wacke, Dienstrecht S. 41 darin zustimmen, daß die privatrechtliche Unterwerfung unter das Beamtenrecht, soweit auch die Anwendung künftiger Aenderungen desselben mit inbegriffen ist, privatrechtlich die Einräumung eines einseitigen Bestimmungsrechts an den Arbeitgeber gem. §§ 315/316 BGB. darstelle, so ändert sich dadurch doch nichts an der Tatsache, daß die Unterordnung des Beamten und privaten Behördenangestellten gleichartig ist. Das gibt auch W. zu.

Arbeitnehmer, der durch äußere Umstände gezwungen ist, an seiner Arbeitsstätte zu bleiben, wird einfach jede seine Ansprüche schmälernde Neuregelung des Lohnes als eine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers empfinden. Darum hüte man sich vor der Behauptung, der Lohn des privaten Arbeitnehmers sei das Ergebnis einer freien Übereinkunft. Er kann es sein, ist es aber in der Regel gar nicht. Das zeigen die vielen untertariflichen Löhne, mit denen der Arbeitnehmer infolge des auf ihn ausgeübten wirtschaftlichen Druckes sich zufrieden gibt. Daß übrigens auch für private Arbeitnehmer die Löhne im Wege des Gesetzes einseitig bestimmt werden können, dafür bietet die Verordnung vom 5. 9. 1932 ein Musterbeispiel, indem sie bei Mehreinstellung von Arbeitskräften dem Arbeitgeber das Recht gewährt, die Löhne und die Arbeitszeit herabzusetzen[27a].

3) Das Beamtenverhältnis als Dauerverhältnis.

Daß es sich beim Beamtenverhältnis stets um ein Dauerverhältnis handelt, also eine über einen längeren Zeitraum sich erstreckende Beziehung zwischen den Parteien geschaffen wird, hat seinen doppelten Grund. Erstens ist jede berufsmäßig ausgeübte Tätigkeit von vornherein auf die Dauer angelegt. Andererseits ist eine berufliche Diensttätigkeit als Beamter zu gleicher Zeit — von Nebenämtern abgesehen — nur bei einem und demselben öffentlichen Dienstherrn möglich, so daß von selbst die berufliche Betätigung bei diesem Dienstherrn zu einem Dauerverhältnis sich gestaltet.

Es folgt aber auch aus dem Wesen des Dienstversprechens, daß es ein Dauerverhältnis werden muß. Geht doch das Dienstversprechen nicht auf eine, wenn auch Zeit in Anspruch nehmende juristische Einzelleistung, sondern auf Dienste schlechthin, also auf eine Betätigung der Arbeitskraft des Beamten und Einsetzung seines Könnens nach den Anordnungen der vorgesetzten Behörde. Die Erfüllung dieses Versprechens ist nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden, sondern erfolgt fortlaufend im Ablauf der Dienstzeit, während welcher der Beamte tätig ist. Insofern ist das Beamtendienstverhältnis ein zeitgebundenes Dauerverhältnis, fortwährend neue Rechte und Pflichten erzeugend, wie das bei den auf Dauer angelegten privaten Arbeitsverhältnissen der Fall ist. Dazu ist es aber keineswegs erforderlich, daß das Beamtenverhältnis von vornherein auf lange Sicht begründet wird. Auch interimistische Tätigkeit als Beamter bringt naturnotwendig kein Austausch-, sondern ein öffentlichrechtliches Dauerschuldverhältnis zur Entstehung.

27a) RGBl. 1932 S. 433.

III. Die dienstliche Seite des Beamtenverhältnisses.

Zum zweiten wird das Beamtenverhältnis geformt durch seine Zweckbestimmung für das anstellende öffentliche Gemeinwesen: nämlich Dienst-(Arbeits)leistungen zu erhalten.

Es wird also zu zeigen sein, welche Pflichten der Beamte bei seiner Anstellung auf sich nimmt, und welches Gepräge sie dem ganzen Verhältnis aufdrücken.

Alle Pflichten der Beamten lassen sich in die zwei großen Gruppen der Dienst- und Treupflichten einordnen:

Die Dienstpflicht des Beamten umfaßt die Pflicht zur Arbeitsleistung, insbesondere zur Übernahme von Ämtern und Nebenämtern und besonderen Arbeitsleistungen in Notfällen, die Gehorsamspflicht gegenüber den Anordnungen der Vorgesetzten und die Residenzpflicht.

Die Treupflicht erfaßt dagegen mehr die qualitative Seite der Arbeitsleistung des Beamten und begreift daher in sich in erster Linie die Pflicht zur fleißigen, sorgsamen und unparteiischen Amtsführung, die Pflichten aus dem Gesetze zum Schutze der Republik, die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit, zur Einholung der Erlaubnis für die Übernahme von Nebenämtern und zum Betriebe eines Gewerbes, zur Achtung und Ehrerbietung gegenüber den Vorgesetzten und zu achtungswürdigem Verhalten in und außer dem Dienste.

1) Die rechtliche Seite der Dienstpflicht.

a) Durch die Anstellung verpflichtet sich der Beamte zur Leistung von Diensten, also zu persönlicher Arbeit, die gewöhnlich in der Übernahme und Führung von Ämtern und Nebenämtern besteht. Das ist eine rein abstrakte Pflicht. Ihre konkrete Fassung erfolgt erst durch den Dienstbefehl der vorgesetzten Behörde, der Erfüllung durch den Gehorsam des Beamten erheischt. Befehlsrecht der Vorgesetzten und Gehorsamspflicht des untergeordneten Beamten sind daher unbestrittene Dinge im Beamtenverhältnis.

Es muß aber trotzdem untersucht werden, wie es auch beim öffentlichrechtlichen Beamtenverhältnis zu Befehlsrecht und Gehorsamspflicht kommt und damit zur Begründung einer Rechtsbeziehung, die wir mit Unterwerfungsverhältnis bezeichnet haben, soll doch nach herrschender Ansicht das Vorhandensein eines Gewalt- oder Unterwerfungsverhältnisses das besondere Kennzeichen des Beamtenverhältnisses im Gegensatz zum privaten Arbeitsverhältnisse sein[28]).

---

[28]) Brand, Beamtenrecht S. 13/14/15; Helfritz, Grundzüge S. 43; Herrnritt S. 180; Jacobi S. 57; Kaskel, Beamtenr. u. Arb. R. S. 426; Köttgen S. 16; Laband S. 403; Melsbach S. 21; Nipperdey in Staudinger II, 2. Bd. Vorbem. zu § 611 IV, 2; Triepel S. 12. Anderer Meinung: Arndt S. 635; Potthoff S. 43 ff.; Sinzheimer S. 36 ff.

b) Da der Beamte freiwillig in das öffentlichrechtliche Gewaltverhältnis gerät, so muß bei der Untersuchung über dessen Grund und dessen Entstehung auf die freiwillig übernommenen Pflichten zurückgegangen werden.

Niemals verspricht der Beamte eine genau abgegrenzte Arbeitsleistung für den anstellenden Dienstherrn. Sein Versprechen geht auf Leistung von Diensten (Arbeit) ganz allgemein, und zwar auf Leistung von Diensten in einem ganz bestimmten Wirkungskreise, nämlich nur auf solche Dienste, welche der betreffende Dienstzweig, in dem der Beamte angestellt wird, mit sich bringt[29]), also z. B. als Gerichtsdiener, Postbeamter, Sparkassenrendant, Richter, Verwaltungsbeamter usw.: „Der Beamte pflegt denn auch seine Zuständigkeit in diesem Sinne scharf zu betonen, wie allgemein bekannt sein dürfte“[30]). Schon aus diesem Grunde ist es eine Übertreibung, wenn Kaskel behauptet[31]), der Beamte schulde „die volle Hingabe der gesamten Persönlichkeit an jedem Ort, zu jeder Zeit und bei jeder Gelegenheit“. In die Wirklichkeit übertragen, würde diese Forderung zur Folge haben, daß die Beamten nicht mehr als freie Männer, sondern als Staatssklaven betrachtet werden müßten; denn nur über Sklaven hat der Herr eine solche unbeschränkte räumliche und zeitliche Macht. Der Beamte aber ist außerdienstlich ein freier Mann wie jeder andere auch. Wenn wiederholt davon die Rede ist, daß der Beamte zu „ungemessenen“ Diensten verpflichtet sei, so darf darunter nur verstanden werden, daß die vom Beamten zu verrichtenden Dienste vorher nicht einzeln ihrem Gegenstande nach genau bestimmt sind und sich auch nicht bestimmen lassen, sondern ihm in jedem Augenblick nach Lage der Sache entsprechend aufgetragen werden müssen oder sich aus dem ihm übertragenen Amte von selbst ergeben. Die Bestimmung des jeweils zu Leistenden vollzieht sich dann durch die einseitige Anordnung des Vorgesetzten, der damit aber nicht sein eigenes Recht, sondern das des anstellenden Gemeinwesens ausübt, über die Arbeitskraft des Beamten zu bestimmen. Das Gleiche gilt, soweit der Beamte innerhalb seines Amtes durch eigene Entscheidung sich die jeweils zu leistende Arbeit vorschreibt genau so wie ein selbständig gestellter Arbeitnehmer im Privatrecht. Es ist also hier wie beim privaten Arbeitsverhältnisse auch: Die Gegenstände der Dienstleistung stehen nur ihrer Art nach ungefähr fest, was in Wirklichkeit zu leisten sein wird, läßt sich von vornherein niemals übersehen. Ihre „konkrete Fixierung“[32]) erfolgt wiederum erst in dem Zustand rechtlicher Gebundenheit, den sowohl das private wie das öffentlichrechtliche Arbeitsverhältnis hervorbringen. Der Beamte hat daher, sobald er angestellt ist, den Anordnungen seiner Vorgesetzten stets Folge zu leisten. Nur wenn dies geschieht, ist die Verwendung des Beamten im Dienste der

---

29) Triepel S. 14.
30) Sinzheimer S. 39.
31) Kaskel, Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 428.
32) Sinzheimer S. 38.

anstellenden Behörde gewährleistet. Die einzelnen Beamten arbeiten ja nicht nebeneinander, sondern bilden in jeder Behörde eine Einheit, eine Arbeitsorganisation, zur Erreichung ganz bestimmter Zwecke. Diese Organisation — Verwaltung genannt —, bedarf daher auch einheitlicher Leitung, die einseitig anordnet, was zu geschehen hat, um die Zweckerfüllung zu gewährleisten. Es entsteht somit eine Unterordnung im Dienste — und das ist bereits ein Gewaltverhältnis — ganz von selbst aus der Natur der Sache.

Es ist also gar nichts Besonderes, wenn der Beamte zur Gewährleistung seiner Arbeitspflichten Gehorsam verspricht und dieses Versprechen mit einem Eide bekräftigt. Dadurch wird nur bestätigt, was sich für jeden innerhalb eines behördlichen Betriebes Tätigen von selbst ergibt, mag er Beamter, Angestellter oder Arbeiter sein: Eine Pflicht zur Unterordnung; denn ein Betrieb ist ohne Kommandogewalt des Leiters und ohne Gehorsamspflicht der Mitarbeitenden unvorstellbar[33]).

Die Gehorsamspflicht des Beamten enthält darum keine vom gewöhnlichen Arbeitnehmer unterschiedliche Problematik. Auch hier erhält wie beim privaten Arbeitsverhältnis der Dienstbefehl seine rechtliche, den Beamten bindende Wirkung durch den einseitigen Willen des Befehlenden[34]), während der für die Anstellung erforderliche Wille des Beamten nur die entferntere Ursache ist für die Rechtswirkungen des Dienstbefehls; denn er schafft nur die Rechtslage, die den Dienstherrn ermächtigt, einseitig dem Beamten Vorschriften für sein mit dem Dienst zusammenhängendes Tun zu machen. Diese Stellung des Staates als Machthaber und Herr in seinen Behörden zeigt sich dem Beamten gegenüber nicht nur in dem Recht zur Anweisung bestimmter dienstlicher Handlungen (Ort, Zeit und Gegenstand der Dienste), sondern auch in seiner Befugnis, dem Beamten die Ausübung des einmal übertragenen Amtes zu untersagen, ihm sein Gehalt zu erhöhen, ihm Urlaub zu erteilen, ihn zu befördern, ihn in ein anderes Amt oder in den Ruhestand zu versetzen.

Es ist nun wohl deutlich, daß diese starke Unterwerfung des Beamten unter seine vorgesetzte Dienstbehörde nicht ihre Ursache haben kann in der einfachen Unterwerfung des Bürgers unter den Staat. Zwar ist jeder Bürger dem Staat unterworfen, und der Beamte ist es in weit höherem Maße. Dennoch ist es keine verstärkte staatsbürgerliche Unterwerfung; denn sie entsteht nicht aus einer Steigerung der allgemeinen öffentlichen Dienstpflichten, weil sie unabhängig von diesen freiwillig vollzogen wird. Ihre Ursache liegt vielmehr in der Einordnung in den Behördendienst. Ihre Quelle ist daher nicht die Staatsgewalt[35]), sonst wäre ein privates arbeitsrechtliches Gewaltverhältnis gegenüber den

---

33) Rosenstock, Vom Industrierecht S. 19 ff.
34) Rehm, Annalen 1885 S. 153 ff.
35) Eckstein S. 539 ist anderer Meinung.

Arbeitern und Angestellten in Staatsbetrieben nicht zu erklären, sondern fließt einzig und allein aus der Haus(Betriebs)gewalt des Staates, in die sich der Beamte begibt, durch die innerhalb einer Behördenorganisation zu erfüllende Dienstverpflichtung. Es handelt sich also um kein staatsrechtliches, sondern ein arbeitsrechtliches Gewaltverhältnis, denn das gesamte Verhältnis zwischen Staat und Beamten wird nur zum Zwecke der Gewinnung der Arbeitskraft des Beamten für den Staat begründet[36]) und wird nur unter diesem Gesichtspunkt rechtlich geformt. Der diensttuende Beamte befindet sich eben in einem von dem des gewöhnlichen Staatsbürgers gesonderten Pflichtenkreise, nicht nur in einem erweiterten Kreise von Staatsbürgerpflichten[37]). Er steht gleichzeitig in dem absoluten Herrschaftsverhältnisse von Staat und Untertan und in dem einfachen Gewaltverhältnisse von Staat und Staatsdiener; denn „der Staat kann neben seinen Herrschaftsverhältnissen (auch) Gewaltverhältnisse begründen"[38]).

c) Auch was die Residenzpflicht anlangt, wäre es falsch anzunehmen, sie fände sich nur beim Beamten. Sie bedeutet in Wirklichkeit nichts anderes, als ständig dienstbereit zu sein. Dazu gehört, daß man sich nicht soweit von der Dienststätte entfernt ohne Wissen und Willen des Dienstherrn oder Vorgesetzten, daß man nicht unverzüglich ihren Befehlen Folge leisten könnte. Am stärksten findet sich diese Residenzpflicht in der Tat im Privatrecht, z. B. bei Leibdienern, Privatkraftwagenführern und Dienstboten[39]). Es sei noch bemerkt, daß die privatrechtlich verpflichteten Dauerangestellten der preußischen Kommunen häufig die Residenzpflicht des § 90 II, 10 ALR., sich an dem zur Ausübung ihres Amtes angewiesenen Wohnort aufzuhalten, auf sich nehmen müssen[40]). Praktisch hat allerdings die Residenzpflicht bei der Schnelligkeit der modernen Verkehrsmittel keine so große Bedeutung mehr wie in früheren Zeiten.

2) Das Wesen der Treupflicht des Beamten.

a) Daß dauernde oder hauptsächlich in Anspruch nehmende Tätigkeit im abhängigen Dienste eines andern mit Notwendigkeit Treupflichten erzeugt, d. h. Pflichten, die nicht unmittelbar mit der Dienstleistung zusammenhängen, ist eine Erkenntnis, die wir bereits bei der Untersuchung des privaten Arbeitsverhältnisses gewonnen haben. Beim Beamtenverhältnis ist der Nachweis für eine Treuebeziehung von Beamten zum

---

36) Triepel S. 13; Lutz Richter S. 110.
37) Brand, Disziplinargesetze S. 40.
38) Georg Jellinek S. 217.
39) Menger S. 183: „Es ist regelmäßig schon ein Zeichen humaner Gesinnung, wenn die sogenannte „Herrschaft" in längeren Zeiträumen dem Gesinde einen Spaziergang oder einen kürzeren Zeitraum zur Besorgung der eigenen Angelegenheiten gestattet . . . . . So haben unsere Dienstboten einen Normalarbeitstag von 24 Stunden." Der von Menger gerügte Rechtszustand gilt auch heute noch, soweit für den Dienstboten keine tariflichen oder vertraglichen Abmachungen über die Freizeit bestehen; denn es gilt als ausgemacht, daß das Dienstmädchen sich sonst vollständig und ohne jede Einschränkung der Herrschaft zur Verfügung stellt.
40) Wacke S. 26.

Gemeinwesen insofern leichter, als der Beamte in der Regel ausdrücklich die Treue im Dienste mit einem Eide auf sich nimmt. Daher resultiert der Ausdruck, daß das Beamtenverhältnis ein Treuverhältnis sei. Gegen diese Bezeichnung ist nichts einzuwenden. Es kommt nur darauf an, ob damit wirklich ein Unterschied gegen das private Arbeitsverhältnis zum Ausdruck gebracht wird, wie einige meinen[41]).

Es muß daher das Treuverhältnis in bezug auf seine hauptsächlichsten Auswirkungen untersucht und den aus dem privaten Arbeitsverhältnis entspringenden Treupflichten gegenübergestellt werden, um volle Klarheit zu gewinnen. Man kommt der Sache nicht näher, wenn man, wie Kaskel es getan hat, das Verhältnis des Beamten mit Sätzen bezeichnet wie folgende: „Der Beamte gehört dem Staate in der Totalität seiner gesamten Lebensbeziehungen an"[42]). „Der Beamte ist nicht etwa nur innerhalb seiner eigentlichen amtlichen Tätigkeit . . . . . . dem Staate unterworfen und zugehörig, sondern darüber hinaus bis in alle Verzweigungen seines privaten Lebens"[43]). „Der Beamte hört niemals auf, im Dienste zu sein"[44]). In diesen Sätzen steckt zwar etwas Wahres, aber in dieser schroffen Form wird das Verhältnis des Beamten zum Staate nirgends in den Gesetzen zum Ausdruck gebracht. Das Reichsbeamtengesetz z. B. beschränkt sich darauf, den Treueid zu verlangen und die wichtigsten Pflichten der Beamten besonders einzeln aufzuzählen. (Vergl. §§ 10—16 RBG.). Die Untersuchung aller wichtigen aus der Treue ableitbaren Pflichten des Beamten muß zeigen, ob die Treupflicht des Beamten von der des privaten Arbeitnehmers eine qualitative oder nur quantitative Verschiedenheit aufweist.

b) An oberster Stelle[45]) aller Treupflichten steht die Pflicht zur Erledigung der übernommenen Aufgaben mit größter Sorgfalt, Gewissenhaftigkeit und Unparteilichkeit, die die überparteiliche Stellung des Staates unter Umständen erfordert, und mit dem höchsten Fleiße, wie er dem ziemt, dem der Staat die Sicherheit seiner materiellen Existenz als Gegenleistung für seine Dienste gewährleistet. Der Beamte hat bei seiner Arbeit diejenigen Absichten zu fördern, die der Dienstherr im Auge hat, dessen Interesse zu wahren und dabei seinen eigenen Vorteil und den eines Dritten zurückzustellen. Fleiß, Gewissenhaftigkeit, Wahrung der Belange des Arbeitgebers aber sind Pflichten, die jedem auferlegt sind, der in Brot und Arbeit bei einem andern steht. In der Uebernahme solcher Pflichten steht der Beamte nicht allein da. Sie überkommen jedem Arbeitnehmer abgestuft nach seiner Stellung im

---

[41]) Brand, Beamtenrecht S. 15; Kaskel, Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 428 ff.; Köttgen S. 82; Otto Mayer S. 243/244.

[42]) [43]) [44]) Kaskel, Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 472/73.

[45]) Die nun folgenden einzelnen Beamtenpflichten sind als hauptsächlichste Pflichten aufgeführt bei Brand, Beamtenrecht S. 423 ff. und im Reichsbeamtengesetz §§ 10—16, Kommentar von Brand, Berlin 1929.

Arbeitsorganismus, in den er durch das Arbeitsverhältnis hineingestellt ist. Auch läßt sich die Meinung, daß die Beamten im allgemeinen sorgfältiger, fleißiger und tüchtiger seien als ihre privatrechtlich angestellten Kollegen, angesichts mancher Klagen nicht aufrechterhalten[46]).

c) Im Rahmen der Treupflicht darf auch das Streikrecht der Beamten behandelt werden, zumal es im Hinblick auf die Treupflicht des Beamten bisher stets verneint worden ist. Nach der heute geltenden Rechtsordnung gibt es kein absolutes Streikrecht weder als Grundrecht noch als subjektives Recht überhaupt[47]), sondern nur eine aus der Vereinigungsfreiheit ableitbare Befugnis, sich zu gemeinsamer Auflösung von Arbeitsverträgen zur Besserung der Arbeitsbedingungen zusammenzuschließen[48]). Doch ist das nur insoweit rechtlich erlaubt, als der einzelne Arbeitnehmer vertragstreu bleibt, d. h. die für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses vorgeschriebenen Bedingungen innehält, z. B. Kündigung und Fristablauf[49]). Dieses Recht steht also theoretisch auch dem Beamten zu; denn er ist in seinem Vereinigungsrecht nicht beschränkt (Art. 130 Abs. 2 RV.). Es gibt aber kein Recht, jederzeit beliebig — weder einzeln noch in einer Koalition — die Arbeit niederzulegen, sonst müßte dem eine jederzeit ausübbare Befugnis des Arbeitgebers zur Aussperrung entsprechen. Eine Streikbefugnis findet sich also nur dort, wo dem Arbeitnehmer das Recht zusteht zur einseitigen Beendigung der Vertragsbeziehungen.

Der Arbeitnehmer, der in einen Streik tritt, löst darum vollständig die Rechtsbeziehungen zu seinem Arbeitgeber in der Absicht, ein neues Verhältnis unter anderen Bedingungen mit ihm aufzunehmen. Ob er überhaupt noch einmal eingestellt wird, ist vielfach für den streikenden Arbeiter recht zweifelhaft. Aber er nimmt diese Ungewißheit mit in Kauf. Ganz anders der Beamte. Der Beamte, der gar nicht kündigen kann, tritt in den Streik nicht nach rechtmäßiger Beendigung seiner Rechtsbeziehungen zu dem Gemeinwesen, das ihn angestellt hat, sonst müßten alle streiklustigen Beamten vor Eintritt in den Streik um ihre Entlassung nachgesucht und diese erhalten haben. Im Gegenteil! Die Beamten streiken unter Niederlegung ihrer Arbeit ohne Entbindung von ihren Pflichten, denn der rechtmäßige Weg wäre von vornherein zur Aussichtslosigkeit verurteilt. Der Beamte verletzt also durch Streiken seine

---

46) Gerber, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums S. 71/72; Waldecker S. 163; Wacke S. 1; weist darauf hin, daß die Städte von der Beamtenanstellung zur loseren Daueranstellung übergingen mit der Begründung, daß dadurch höhere Leistungen erzielt würden.

47) Hatschek/Kurzig Bd. I S. 238.

48) Anschütz Art. 130 Anm. 2 u. Art. 159, Anm. 5. — Brand, Beamtenrecht S. 473 wendet sich gegen das Streikrecht der Beamten, hält aber mit Recht sog. Ordnungs- u. Abwehrstreiks für zulässig. Sie sind selbstverständlich dem Beamten gestattet, soweit sie durch die Gehorsams- und Treupflicht geboten erscheinen. Doch paßt hierfür das Wort „Streik“ nicht ganz, da hier die gemeinsame Arbeitsniederlegung nur den Zweck hat, unrechtmäßige Eingriffe in den verfassungsmäßigen Zustand zurückzuweisen.

49) Anschütz a. a. O.

Pflichten. Er macht sich, wie man sagt, eines Dienstvergehens schuldig. Der Beamte, dem gegenüber der Staat sich fast ausnahmslos lebenslänglich gebunden hat, will eben gar nicht, wie der Arbeiter sein Dienstverhältnis aufgeben, sondern er will es gerade aufrechterhalten. Das läßt sich aber füglich mit dem Wesen eines Dienstverhältnisses niemals vereinbaren, auch im Privatrecht nicht. Für Arbeiter, Angestellte und Beamte gibt es nur die eine Alternative, entweder zu dienen oder aus dem Dienste auszuscheiden.

Durch die Art seiner Anstellung ist somit dem Beamten die Möglichkeit zum Streiken genommen. Es geht ihm da genau so wie einem auf Lebenszeit angestellten Privatbeamten, deren es viele gab und noch gibt. Während der ersten fünf Jahre ihrer Dienstzeit können solche Arbeitnehmer auch nicht streiken, ohne vertragsbrüchig zu werden. Darauf aber steht Entlassung. Nach Ablauf dieser fünfjährigen Frist ist es ihnen wiederum nur möglich, unter Innehaltung einer Kündigungsfrist von ganzen sechs Monaten (§ 624 BGB.) ihr Arbeitsverhältnis aufzulösen. Ein solches Streikrecht ist in Wahrheit keines. Daß der Beamte nicht streiken kann, hängt also lediglich mit seiner lebenslänglichen Anstellung zusammen oder damit, daß bei Anstellung als Kündigungsbeamter nur der Staat, nicht aber der Beamte selbst kündigen kann. Aber mit dem Treuverhältnis, in dem der Beamte steht, hat das, wie die herrschende Lehre irrtümlich annimmt[50] [51]), nichts zu tun; denn bei rechtmäßig ausgeübter Streikbefugnis kann der Streik erst beginnen, wenn das Treuverhältnis gelöst ist.

d) Auch die *Pflichten*, die sich für den Beamten auf *politischem Gebiete* ergeben, als besondere Treupflichten hinzustellen, wäre vollkommen verfehlt. Die Pflichten aus dem Gesetze zum Schutze der Republik vom 21. 7. 22, die verfassungsmäßige Staatsform zu schützen und gegen ihre Verunglimpfung einzutreten, das Verbot, das Amt und öffentliche Einrichtungen zu antirepublikanischen Absichten zu mißbrauchen oder solche Bestrebungen öffentlich zu fördern, die Pflicht, sich bei Kritik von Regierungsmaßnahmen größter Sachlichkeit und Ruhe zu befleißigen, sind alles Dinge, die sich aus der Stellung des Beamten zum Staate als seinem Dienstherrn ergeben, dessen Lebensinteresse er zu wahren hat. Wer zu einer solchen staatsbejahenden Haltung sich nicht durchringen kann, soll nicht Beamter bleiben[52]). Mit der Pflicht zu dieser Haltung ist aber keineswegs eine bedingungslose Unterwerfung unter die jeweiligen Ten-

---

50) Vergl. Brand, Beamtenrecht S. 473 und die dort aufgeführten Schriftsteller.
51) Bendix bejaht das Streikrecht der Beamten mit Ausnahme der Polizeibeamten und derjenigen höheren Beamten, die eine Art Prinzipalstellung einnehmen (S. 80) als einen sozialrechtlichen Rechtsgestaltungsakt. (S. 75) Bendix's Auffassung geht fehl; denn er sanktioniert mit ihr den Vertragsbruch. Warum sollte ein Unternehmer oder auch der Staat seinen Betrieb durch Daueranstellung nicht streiksicher machen dürfen?
52) Brand, RBG. S. 103.

denzen der Regierung verlangt, sondern unbeschadet „seiner inneren Überzeugung“[53]) wird vom Beamten nur ein Benehmen in Wort und Tat gefordert, das den Interessen des gegenwärtigen Staates nicht zuwiderläuft[54]); denn im übrigen sind die Beamten in ihren politischen Rechten — freie Meinungsäußerung, Wahlrecht — nicht im mindesten geschmälert worden. Auf keinen Fall darf der Beamte gezwungen sein, sich in irgendeiner Hinsicht parteipolitisch festzulegen[55]). Wenn es aber heißt, daß der Beamte den Staat bejahen müsse[56]), so ist das nichts anderes, als wenn vom Arbeiter und Angestellten verlangt wird, daß er sich mit dem Betrieb, in dem er arbeitet, eng verbunden fühlen müsse[57]). Es folgt darum aus der „Pflicht zur Interessenwahrung“ ohne Schwierigkeiten, daß der Beamte als ein Glied der Behörde den Bestrebungen der Regierung nicht entgegenarbeiten darf, sollen doch gerade die Behörden, die jeweilige Regierung in ihrer Arbeit unterstützen und fördern. Die Zugehörigkeit zu einer solchen Arbeitsorganisation erfordert die besagte Haltung — wir nennen sie Treue — in jedem Falle. Auf privatrechtlichem Arbeitsgebiete haben wir ein treffliches Beispiel hierfür in den sogenannten Tendenzbetrieben. Für deren Betriebsangehörige gibt es keinen Kündigungsschutz, wenn die Entlassung erfolgt wegen bestimmter politischer, militärischer oder konfessioneller Betätigung oder wegen Zugehörigkeit zu einem bestimmten politischen, konfessionellen oder beruflichen Verein oder einem militärischen Verbande (§§ 84/85 BRG.). Diese Ausnahme ist nur verständlich, wenn man sich bewußt bleibt, daß in solchen Betrieben dem Arbeitnehmer die Pflicht auferlegt ist, außerhalb des Dienstes, der Sache, welcher der Betrieb zu dienen bestimmt ist, keinen Abbruch zu tun.

Es führt nämlich immer die Anstellung in einem politischen Gebilde zu politischen Pflichten des Angestellten aus dem gleichen Grunde, wie die Anstellung in einem reinen Wirtschaftsbetriebe wirtschaftliche Treupflichten erzeugt. Daß letztere auch dem Beamten obliegen, besonders in den staatlichen Betrieben, welche kaufmännisch wirtschaften, ist gar nicht zu bezweifeln, obwohl davon nicht viel Aufhebens gemacht wird. Diese Gegenüberstellung macht also deutlich, daß die Treupflicht des Beamten auch inbezug auf das Wirtschaftliche und Politische im Gegensatz zu der des Arbeiters oder Angestellten keine qualitative Verschiedenheit aufweist. Der Unterschied ist nur quantitativ. Die politische Treupflicht des Beamten ist in der Regel gesteigert im Vergleich zu der des privaten Arbeitnehmers. Das hat seinen einfachen Grund darin, daß der Beamte fast ausschließlich in politischen Gebilden tätig ist und weit häufiger als der gewöhnliche Arbeitnehmer in verantwortlicher Stellung sich befindet.

---

53) 54) Dt. Jur. Zeitg. 1922 S. 196.
55) Köttgen S. 90.
56) Aus einer Rede Severings bei Köttgen S. 88 Anm.
57) RAG. E. v. 4. 7. 28 Bensh. Samml. Bd. 3 S. 116.

e) Selbst die Pflicht zur Wahrung des Amtsgeheimnisses zeigt keine gerade den Beamten besonders kennzeichnende Note. Sie ist eine selbstverständliche Treupflicht bei dem Verhältnis, in dem der Beamte zu dem Staate steht. Er erlangt fortwährend Kenntnis von Dingen, die der Allgemeinheit verborgen bleiben sollen. Der Beamte hätte das Amtsgeheimnis auch dann zu wahren, wenn in den Beamtengesetzen nicht einmal davon die Rede wäre. Deshalb ist ja auch der private Arbeiter und Angestellte in Staats- und Gemeindebetrieben ebenfalls zur Verschwiegenheit gehalten und verletzt schwer seine Pflichten, wenn er das gebotene Schweigen bricht. Auch darin, daß die Verletzung dieser Pflicht durch einen Beamten teilweise eine strafgerichtliche Ahndung im Gefolge hat, (§§ 92, 353a, 354, 355 StGB.), liegt keine Besonderheit. Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb sieht gegen Privatangestellte ebenfalls schwere Strafen vor für den Verrat von Betriebsgeheimnissen (§ 17) und erst neuerdings sind diese Strafen für den Verrat ans Ausland bedeutend erhöht worden. (Notv.O. v. 10. 3. 32 RGBl. S. 123). Ebenso ist die Verordnung gegen Bestechung und Geheimnisverrat der bei Behörden und kriegswirtschaftlichen Organisationen beschäftigten nichtbeamteten Personen vom 3. 5. 1917 (RGBl. S. 393) in der Fassung vom 12. 2. 1920 (RGBl. S. 230) vor allem gegen die privaten Angestellten der öffentlichen Verwaltungen und Betriebe gerichtet.

f) Die Pflicht zur Interessenwahrung, die auf dem Beamten lastet, findet ihren Ausdruck auch in dem Verbote, Nebenämter zu übernehmen oder ein Gewerbe zu betreiben, ohne vorher die hierzu erforderliche Genehmigung erhalten zu haben. Es hat nun einmal das anstellende Gemeinwesen einen Anspruch darauf, daß der Beamte seine Kraft und sein Interesse ungeteilt dem Amte widme, das ihm übertragen ist. Außerdem soll, das ist ebenfalls ein wichtiger Gesichtspunkt, verhindert werden, daß der Beamte in Pflichtenkollisionen oder in Versuchung gerät, seine Stellung als öffentlicher Amtsträger zu seinem eigenen Nutzen und Vorteil auszubeuten. Das sind die gleichen Gründe, die ein Wettbewerbsverbot im Recht der Handlungsgehilfen, also im privaten Arbeitsrecht, geboten erscheinen ließen.

g) Auch inbezug auf die Pflicht zur Achtung und Ehrerbietung gegenüber seinen Vorgesetzten ist der Beamte nicht in einer Sonderstellung, die ihm größere Pflichten auferlegte als dem untergeordneten Arbeitnehmer im Privatdienst. Diesem bleiben Achtung und Ehrerbietung gegenüber dem Prinzipal und seinem Stellvertreter nicht erspart. Man vergleiche hierzu die Bestimmungen der §§ 123 Z. 5 Gew.O. und § 72 Z. 4 HGB.

h) Was noch die besondere Pflicht des Beamten zu achtungswürdigem Verhalten in und außer dem Dienste anlangt, so läßt sich auch diese aus dem Treuverhältnis ableiten[58]). Diese Pflicht resultiert,

wie Laband treffend bemerkt[59]), nicht aus einem besonderen Ehrenstand, in dem sich der Beamte befindet. Der Beamte hat keinen ehrenvollen Stand als die Angehörigen aller anderen anständigen Berufe[60]). An Ehrenhaftigkeit steht ihm der Arbeiterstand völlig gleich. Die Pflicht zu achtungswürdigem Verhalten kommt vielmehr aus der vom Beamten übernommenen Pflicht, dem Staate zu dienen. Im Staate selbst aber haben alle Bürger die Pflicht zu einem anständigen und ehrenhaften Verhalten. Das ist eine Grundforderung; denn ihre Erfüllung macht überhaupt erst das Gemeinschaftsleben möglich und erträglich. Daher ist es nicht zuletzt auch Aufgabe des Staates, um die Erhaltung von guter Sitte und Anständigkeit sich zu bemühen. Er muß folgerichtig in erster Linie bei seinen Dienern und Vertretern auf ein ehrenhaftes Verhalten dringen dürfen. Der Staat würde bald darunter leiden, wenn sich seine Diener nicht achtungswürdig benähmen. Es ist ja eine nur allzu natürliche Schlußfolgerung, wenn man einem Beamten „keinen höheren Grad von Ernst, Fleiß und Gewissenhaftigkeit und keine größere sittliche Festigkeit"[61]) zutraut, als er in seinem Privatleben zeigt. Darum wandelt sich die moralische Pflicht des Staatsbürgers zu achtungwürdigem Verhalten beim Beamten in eine rechtliche Pflicht. Aber es sind rein dienstliche Gründe, die hierzu Veranlassung geben. Sie folgert eben auch aus der allgemeinen Pflicht eines im Dienst eines anderen Angestellten, das Interesse des Dienstherrn zu wahren. Daß diese Pflicht auch Wirkungen auf das außerdienstliche Verhalten ausüben kann, haben wir bereits im Arbeitsverhältnis gesehen. Köttgen[62]) ist daher im Unrecht, wenn er meint, diese außerdienstlichen Pflichten müßten als ein alter patriarchalischer Zopf verschwinden, sähe man das Beamtenverhältnis als ein Arbeitsverhältnis sui generis an. Selbstverständlich geht der von ihm kritisierte Entwurf des Allgemeinen Deutschen Beamtenbundes für ein Beamtengesetz aus dem Jahre 1926 zu weit, wenn er solche außerdienstlichen Pflichten nicht mehr anerkennen will. Es gibt viele Arbeitnehmergruppen, die Folgen für ihr Arbeitsverhältnis zu befürchten haben, wenn sie der sonst nur allgemein-moralischen Bürgerpflicht zu ehrenhaftem Verhalten nicht entsprechen. Bei Hausangestellten höherer und niederer Art wird liederlicher Lebenswandel in der Regel einen Entlassungsgrund bilden. Für gewerbliche Gesellen und Gehilfen sieht der § 123 Z. 2 GewO. diesen Kündigungsgrund vor. Auch das frühere Handelsgesetzbuch kannte eine Entlassungsmöglichkeit bei unsittlichem Lebenswandel. Auch für die kommunalen Dauerangestellten ist, wie Wacke[63]) mitteilt, vielfach im Anstellungsvertrag eine Entlassung bei unordentlichem Lebenswandel vor-

---

58) Köttgen S. 87.
59) 60) Laband S. 437 Anm. 1.
61) Laband S. 436/437.
62) Köttgen S. 88.
63) S. 21.

gesehen. Es kommt natürlich jedesmal auf das besondere Verhältnis des betreffenden Arbeitnehmers zu seinem Arbeitgeber an. Läßt sich aber aus der Natur der zu leistenden Dienste für den Arbeitgeber ein Interesse an einem außerdienstlich achtungswürdigem Verhalten des Angestellten ableiten, so ist der betreffende Arbeitnehmer auch ohne besondere Abmachung rechtlich genau so wie der Beamte hierzu verpflichtet. Der Umfang der Pflichten einer im Dienst eines andern stehenden Person richtet sich in jedem Falle nach der Art des Betriebes und der Stellung, die sie dort einnimmt. Beide Momente zusammen bilden den Maßstab, nach dem sich bestimmen läßt, inwieweit das Arbeitsverhältnis Einfluß hat auf die über die Arbeitskraft hinausreichende Persönlichkeitssphäre des Arbeitenden. Deshalb darf der Vorstand eines Sittlichkeitsvereins seinen Sekretär sofort entlassen, wenn er einen ausschweifenden Lebenswandel führt[64]).

Es ist also der Schluß gerechtfertigt, daß der Beamte auch in diesem Punkte keine Sonderstellung gegenüber dem Arbeiter und Angestellten einnimmt.

i) Aus der bisher geführten Untersuchung ergibt sich bereits, daß zwischen Beamten- und Arbeitnehmertreupflichten nur quantitative Unterschiede bestehen. Die Beamtentreupflicht ist in manchen Punkten nur gesteigert. Ein Unterschied im Wesen zeigt sich nirgends. Erstens ließen sich alle Pflichten — der Beamten wie der privaten Arbeitnehmer — unter gerechter Abwägung der Zwecke und Interessen, die das anstellende Gemeinwesen oder der Arbeitgeber verfolgen, aus der Dienstverpflichtung ableiten. Zweitens zeigte sich, daß die gleichen Pflichten in beiden Rechtsverhältnissen vorkommen, wenn auch nicht immer gleichzeitig und in gleicher Steigerung. Völlig die gleichen Treupflichten wie die Beamten haben aber diejenigen behördlichen Angestellten, die sich in ihrem Anstellungsvertrage den Bestimmungen der Disziplinargesetze unterworfen haben. Der einzige rein technische Unterschied zwischen beiden Rechtsverhältnissen ist der, daß der Beamte stets Treue durch einen besonderen Eid gelobt, das Arbeitnehmerverhältnis dagegen regelmäßig nur von § 242 BGB. beherrscht wird. Das ist aber nur ein äußerlicher und nicht einmal immer vorhandener Unterschied; denn die meisten privatrechtlichen Behördenangestellten müssen ebenfalls den Treueid leisten[65]). Es ergibt sich also folgendes: Was beim Beamten Treupflichten sind, läßt sich nur aus dem Dienste folgern, den er leisten soll, genau wie im Arbeitsverhältnis, wo der Umfang der Treupflichten nur aus der Dienststellung sich ablesen läßt. Der Einwand, es handele sich beim Beamten mehr um

[64]) Beispiel bei Oertmann S. 187.

[65]) Nach § 4 des Reichsangestelltentarifs hat jeder Angestellte den Treueid zu leisten. Vergl. Wacke, Dienstrecht, S. 117.

eine sittliche, beim Arbeitnehmer dagegen um eine rein rechtliche Pflicht[65a]), schlägt nicht durch. Die Treupflicht des Beamten ist unzweifelhaft eine Rechtspflicht, sonst könnte sie keine rechtlichen Folgen haben. Man muß hier scharf auseinanderhalten: Die abstrakte Normierung einer Rechtspflicht und die Quelle ihrer konkreten Bestimmung im Einzelfall. Das Wort „Treue" auf der einen und die Worte „Treu und Glauben" auf der andern Seite sind die abstrakten Normen, mit denen Beamten und Arbeitern Treupflichten auferlegt werden. Hier klafft in Wahrheit nur ein formelhafter Unterschied. Was in Wirklichkeit jeder zu tun hat, kann in beiden Rechtsverhältnissen nur bestimmt werden durch die gute Sitte, das unverdorbene Gefühl für Recht und Billigkeit unter Abwägung der gegenseitigen Interessen. Es haben also die aus „Treue" und „Treu und Glauben" stammenden Rechtspflichten unmittelbar in einem und demselben sittlichen Empfinden ihre Quelle. Sie sind ihrem Ursprung nach wesensgleich. Daß auch für den Arbeitnehmer der Umfang der neben der Arbeitspflicht vorhandenen Pflichten nach derselben sittlichen Norm wie im Beamtenrecht bestimmt wird, übersehen eben in der Regel die Staatsrechtler.

k) Beachtung verdint auch folgende Tatsache. Durch die Staatsumwälzung im Jahre 1918 ist die monarchische Spitze im Reich und in den Ländern weggefallen. Somit entbehrt auch das Beamtenverhältnis einer persönlichen Treuebeziehung zu einem lebendigen Vertreter der Staatsidee, dessen persönliche Interessen denen des Staates gleichgesetzt werden könnten. „Dieser leere Platz des Fürsten wurde aber nicht wieder besetzt, weder formell noch materiell"[66]). Es ist also jetzt die Treubeziehung im Beamtenverhältnis nicht mehr persönlich-gemütsbetont, so sehr das auch manche bedauern mögen, denen eine sinnfällige Verkörperung der Staatsidee als eine Brücke zum staatsbürgerlichen Empfinden unbedingt nötig erscheint. Die persönliche Gefolgschaftspflicht ist zu einer Treue zu den Interessen des öffentlichen Gemeinwesens geworden[67]). Kann da überhaupt noch gesagt werden, daß die Beamtentreupflicht einen anders gearteten Charakter habe, als die der sonstigen Staatsangestellten, die zwar keine Treue schwören, aber trotzdem von der Pflicht zur Treue zum Gemeinwesen, dem sie dienen, nicht entbunden sind, ja denen sogar zuweilen durch Unterwerfung unter die Disziplinargesetze dieselben Treupflichten wie den Beamten auferlegt werden?

An der Bezeichnung des Beamtenverhältnisses als ein Treuverhältnis ist darum zwar nichts zu beanstanden. Es bleibt aber doch nichts anderes

---

65a) Hatschek, Institutionen S. 345 ist die persönliche Hingabe, die der Beamte schulde, eher eine sittliche Forderung als ein Rechtsbegriff. — Herrnritt S. 180 meint, daß es sich beim Beamtenverhältnis um „ein auf ethischer Grundlage beruhendes, soweit sein Inhalt durch die Rechtsordnung überhaupt erfaßt werden kann, . . . Gewaltverhältnis" handele. — Otto Mayer S. 244 spricht von einer sittlichen Beigabe im Beamtenverhältnis.

66) Bendix S. 80 ff.

67) Preuß. OVG vom 10. 10. 21 und 30. 3. 22 in Dt. Jur. Ztg. 1922 S. 134 bzw. 514.

übrig, als anzuerkennen, daß damit ein besonderes Kriterium gegenüber dem Arbeitsverhältnis nicht gegeben ist.

3) Das Disziplinarrecht.

Es gehört zu den bereits gewonnenen Erkenntnissen, daß in jedem Unterwerfungsverhältnisse der Gewalthaber auch Disziplinarbefugnisse hat. Daß auch der Beamte durch seine Anstellung in ein Unterwerfungsverhältnis gerät, ist nicht zu leugnen. Ob es sich jedoch dabei um ein einfaches Gewalt- oder um ein absolutes Herrschaftsverhältnis handelt, läßt sich erst nach eingehender Betrachtung des Ursprunges, Umfanges und der Art der Ausübung der Disziplinarbefugnis entscheiden.

a) Die Befugnis der disziplinaren Bestrafung ist scharf zu scheiden von der Bestrafung von Gesetzesverächtern durch die ordentlichen Strafgerichte. Die Bezeichnung „Dienstvergehen" für jede Pflichtverletzung eines Beamten kann leicht zu der Meinung führen, man habe es mit einem Vergehen gegen die Strafgesetze zu tun, während im Gegenteil das Verbrechen der Amtsunterschlagung vor dem Disziplinarrichter auch nur ein Dienstvergehen darstellt. Auch liegt nicht darin der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichem und disziplinarem Strafrecht, daß jenes es mit einem jedesmal genau bezeichneten Tatbestand (Einzelerfolg) zu tun hat, während dieses ganz allgemein jede Pflichtverletzung im Amte ahnden will; ebenso nicht, daß im öffentlichen Strafrecht das Legalitätsprinzip, hier aber das Opportunitätsprinzip herrscht. Das sind lediglich Äußerlichkeiten; denn in Wahrheit ist das Disziplinarstrafrecht kein Spezialstrafrecht für Beamte[68]).

Das Disziplinarrecht des Staates unterscheidet sich von der öffentlichen Strafgewalt vielmehr durch den andern Ursprung und den andersgearteten Zweck. Die öffentliche Strafgewalt wurzelt in der Staatsgewalt und will die öffentliche Ordnung aufrechterhalten. Die Disziplinarbefugnis aber ist ein Ausfluß der Dienstherrlichkeit[69]) des Staates über seine Behörden und bezweckt die Aufrechterhaltung der Ordnung und ein reibungsloses Arbeiten im inneren Dienste[70]). Die Disziplinarbefugnis steht also nicht im Gegensatz zu der öffentlichen Strafgewalt, mit der sie zwar manchen Zug gemeinsam hat, sondern charakterisiert den Gegensatz von einfachem Forderungsverhältnis zum Gewaltverhältnis[71]). Sie steht selbständig neben der öffentlichen Strafbefugnis da[72]), jedoch nur im Rahmen des Dienstverhältnisses. Durch die Anstellung wird der Beamte eingereiht in einen großen, komplizierten Verwaltungsapparat. Für diese gewaltige Arbeitsorganisation gilt in erhöhtem Maße das, was für

68) Laband S. 453.
69) Hatschek, Institutionen S. 352; Otto Mayer S. 332; Rehm, Annalen 1885 S. 190 ff.
70) Brand, Disziplinargesetze S. 38; Arndt S. 653; Walter Jellinek S. 374; Laband S. 454.
71) Laband S. 454.
72) Brand, Disziplinargesetze S. 38.

jede Arbeitsorganisation gilt: Kommandogewalt. Diese erschöpft sich nicht nur in der Erteilung von Befehlen. Sie umfaßt auch das Recht, unmittelbar Maßnahmen zu treffen, welche die Durchführung der Befehle sichern sollen. Diese Maßnahmen bestehen nicht allein in dem Recht der Ausstoßung aus der Organisation der Arbeitskräfte, sondern reichen über Rechtsminderungen herunter bis zur einfachen Rüge. Sie stellen eine Art Erfüllungszwang dar, wenn auch nur mittelbar[73]). Das für Pflichtverletzungen in Aussicht gestellte Übel dient als Ansporn für den erschlafften Willen, zumal es ja einen absoluten Zwang zur Erfüllung der Dienstpflicht im Beamtenverhältnis genau so wenig gibt wie im privaten Arbeitsverhältnisse. Wenn also der Staat, um den Erfordernissen des Dienstes gerecht zu werden, durch seine Disziplinargesetze die Möglichkeit vorsieht, Rügen und Verweise zu erteilen, Geldstrafen zu verhängen, einen Beamten zu versetzen, mit sofortiger Wirkung seines Amtes zu entheben, ihn mit oder ohne Pension zu entlassen, so betätigt er sich darin wie jeder andere private Dienstherr auch, der seine Arbeitnehmer rügt, ihnen die in der Arbeitsordnung vorgesehenen Ordnungsstrafen auferlegt, sie von einem verantwortungsvollen Posten auf einen minder wichtigen stellt und sie entweder nach Kündigung oder fristlos entläßt. In diesen Maßnahmen liegt keine Betätigung als Gesetzgeber in Strafsachen, sondern eine Betätigung als Dienstherr. Eine gleiche Einrichtung wäre sonst auf privatrechtlichem Gebiete gar nicht denkbar. Das private wie das öffentliche Disziplinarrecht hat vielmehr die gleiche Quelle: Das Hausrecht und die Kommandogewalt[74]).

Jetzt erklärt sich auch die Tatsache leicht, daß der Grundsatz „ne bis in idem" im Verhältnis von öffentlichem und disziplinarem Strafen keine Anwendung finden kann, weil eben „der Beamte in zwei von einander getrennte und gesonderte Pflichtenkreise hineingestellt ist"[75]). Da jene Strafen aus der Staatsgewalt, diese aber aus der Stellung des betreffenden öffentlichen Gemeinwesens als Dienstherr in seinen Behörden resultieren, so kann der Staat, nachdem er einen Beamten wegen eines außerhalb des Amtes begangenen Vergehens — z. B. Diebstahl — bereits mit Gefängnis bestraft hat, auch noch in seiner Stellung als Dienstherr gegenüber dem gleichen Beamten seine Folgerungen ziehen. Er muß ihn entlassen können, wenn sich herausstellt, daß der Beamte des in ihn gesetzten und erforderlichen Vertrauens nicht mehr würdig ist. Das wäre gar nicht möglich, würde das Disziplinarvergehen eine Unterart des Kriminalvergehens sein[76]). Deshalb ist die oft gehörte Behauptung, der Arbeitnehmer, der seine Pflicht nicht tue, begehe nur einen Vertragsbruch,

---

73) Laband S. 455 Anm. 3.
74) Köttgen S. 91 ist daher im Recht, wenn er die Voraussetzung für die Disziplinarstrafe in der Existenz eines Gewaltverhältnisses sieht.
75) Brand, Disziplinargesetze S. 40.
76) Laband S. 454.

der Beamte dagegen mache sich eines „Dienstvergehens" schuldig[77]), nur ein Spiel mit Worten. Der Sache nach ist beides dasselbe. Es sind Verletzungen von Pflichten, die aus einander gleichgearteten Gewalt- und Treuverhältnissen resultieren.

Den besten Beweis für diese Behauptung liefert die Einrichtung der sog. Dauerangestellten, deren Verträge häufig vorsehen, daß der Angestellte sich den Bestimmungen der Disziplinargesetze unterwerfe[78]). Diese Unterwerfung hätte keine Rechtsfolgen, wenn das privatrechtliche Angestelltenverhältnis nicht dieselbe rechtliche Struktur aufweisen würde wie das öffentlichrechtliche Beamtenverhältnis, also ein Gewaltverhältnis wäre. Dabei spielt es gar keine Rolle, daß die öffentlichrechtlichen Vorschriften der Disziplinargesetze in diesen Fällen zu einem Teil des Inhalts von privatrechtlichen Verträgen werden und die dort vorgesehenen Strafen auf diese Weise eine vertragliche Grundlage erhalten. Deswegen bleiben sie Ordnungs(Disziplinar)strafen, wie es die in der Arbeitsordnung vorgesehenen Strafen sind, trotz ihrer vertraglichen Grundlage.

b) Daß die Disziplinargewalt des Staates über seine Beamten, weiter gehe als die über seine nach Privatrecht angestellten Diener, ist ebenfalls eine Meinung, deren Richtigkeit füglich verneint werden darf. An tatsächlichem Umfang sind sich nämlich die private wie die öffentliche Dienststrafgewalt einander völlig gleich. Sie reicht in beiden Fällen von der einfachen Rüge bis zur Entlassung. Der Beamte steht aber weit besser als sein privatrechtlich angestellter Kollege. In der Verhängung von Disziplinarmitteln genießt er weitreichenden Schutz gegen die Willkür des Staates (seiner Vorgesetzten). Bei der Beantwortung der Frage, ob die private oder öffentliche Dienststrafgewalt schärfer ist, kommt es allein auf die Anwendung des wirksamsten und einschneidendsten Disziplinarmittels an: Der Entlassung. Sie ist das höchste Disziplinarmittel[79]). Der Beamte aber kann nur im Wege eines geordneten, langwierigen Verfahrens aus dem Dienste entfernt werden. Dieses kann infolge von Einspruchsmöglichkeiten sich monatelang hinziehen. Während dieser Zeit bleibt der Beamte wirtschaftlich gesichert. Dabei verdient noch Beachtung, daß die letzte Entscheidung in einem Gremium von Standesgenossen gefällt wird, die weit eher geneigt sind, gebotene Rücksicht zu üben. Der private Angestellte fliegt rücksichtslos auf die Straße, wenn es sein Arbeitgeber so will, und findet nur in den Fällen des § 84 BRG. einen Schutz, und auch nur insoweit, als ein Betriebsrat besteht. Es hat also nicht der Staat eine *besondere* Gewalt über seine Beamten[80]), denn zum Wesen der Beamtengesetze gehört es, daß sie die Macht der anstellenden Behörde

[77]) Laband S. 406.
[78]) Wacke S. 25 und 44 ff.
[79]) Georg Jellinek S. 217.
[80]) Arndt S. 634.

beschränken[81]), sondern der private Arbeitnehmer steht in einer besonders großen Gewalt des Arbeitgebers[82]). Andernfalls wäre das Drängen so vieler Angestelltenschichten nach Beamteneigenschaft gar nicht zu begreifen.

Auch in einem andern bereits angedeuteten Punkte zeigt sich die wesensmäßige Gleichheit der Gewaltverhältnisse, in denen Arbeiter, Angestellte und Beamte stehen. Der Dienstherr hat im privaten wie im öffentlichen Gewaltverhältnisse keinen unmittelbaren Erfüllungszwang. Die Unterwerfung ist in beiden Fällen keine absolute. Der private Arbeitnehmer kann sich jederzeit durch Niederlegung der Arbeit seinem Herrn entziehen und der Staat holt ihn nicht zurück. Auch keine Beamter ist gezwungen, sich einem Disziplinarverfahren zu stellen, während es doch gerade das Kennzeichen der öffentlichen Strafgewalt ist, daß sie absoluten Zwang ausübt und es kein Mittel gibt, sich ihr zu entziehen. Wenn aber der Beamte eine disziplinare Ahndung seiner Pflichtverletzungen über sich ergehen läßt, so geschieht dies, weil er im Dienste bleiben will und das kleinere Übel eines ärgerbringenden Verfahrens einem freiwilligen Dienstaustritt vorzieht. Immer aber bleibt der Beamte Diener des Staates aus eigenem Willen. Erklärt er aber, daß er mit dem Staate nichts mehr zu tun haben und seine eigenen Wege gehen wolle, so ist nichts zu machen[83]). Es erübrigt sich in diesem Falle sogar ein Disziplinarverfahren, wenn der Beamte nicht gerade noch besondere Ansprüche stellt. Das Reichsbeamtengesetz steht jedenfalls auf diesem Standpunkt. (§§ 75, 94 Abs. 2, 100). Da es einen Erfüllungszwang zur Leistung persönlicher Dienste nicht gibt, gilt dieser Grundsatz praktisch auch für die andern Beamtenrechte, denen es an dahingehenden Bestimmungen ermangelt. Ein Disziplinarverfahren gegen einen eigenmächtig ausgeschiedenen Beamten könnte ja doch mit dem Erkenntnis „Dienstentlassung" nur eine bereits vollzogene Tatsache bestätigen[84]).

c) Das Disziplinarverfahren spielt sich in gerichtlichen Formen ab. Darin könnte ein in die Augen fallender Unterschied gegenüber der privaten Disziplinarbefugnis erblickt werden. Dem ist aber dennoch nicht so. Mit dem öffentlichen Strafprozeßverfahren hat das Dienststrafverfahren jedenfalls nichts zu tun; es steht selbständig da[85]). Man muß sich nur vor Augen halten, daß eine Disziplinarbefugnis mit jedem Gewaltverhältnis verbunden ist. Die Ausgestaltung dieser Einrichtung steht ganz im Belieben des Gewalthabers. Es ist rechtlich durchaus zulässig, daß der Gewalthaber dieses Recht zu seinen Ungunsten durch Abmachungen mit den Gewaltunterworfenen einschränkt und sogar diesen

81) 82) Arndt S. 634: „Nicht um dem Staate eine höhere und besondere Gewalt zu geben, sind in den letzten Jahren Tausende zu Beamte gemacht worden (Steiger, Aufseher, Postillone, Drucker, Kouriere. Weichensteller, Rotten- und Vorarbeiter), sondern umgekehrt, um die Macht des Staates diesen Personen gegenüber zu beschränken und um dem Staate besondere Pflichten aufzuerlegen."
83) Arndt S. 653.
84) Walter Jellinek S. 374/375.
85) Brand, RBG. S. 307.

eine Mitwirkung bei Ausübung desselben einräumt. Darin liegt gerade der wesentliche Unterschied zwischen Forderungs- und Gewaltrechten, daß die letzteren durch fremde Mitbestimmung beschränkt werden können[86]).

In welcher Weise also ein Dienstherr seine Dienstgewalt ausübt, ob persönlich oder durch von ihm eingesetzte Instanzen unter Mitwirkung der Gewaltunterworfenen selbst, wie das im Beamtenrecht geschieht, ist ein Angelegenheit, die das Wesen der Disziplinarbefugnis nicht verändert. Nur ist, je mehr das Verfahren dem gerichtlichen Prozesse angenähert ist, desto größer der Schutz, den der Gewaltunterworfene vor ungerechter Behandlung genießt. So ist es jedenfalls im Beamtenverhältnisse. Auch im privaten Arbeitsverhältnis ist der Arbeitgeber bei Verhängung der in der Arbeitsordnung vorgesehenen Strafen an die Mitwirkung des Betriebsrates gebunden (§ 80 BRG.). Soweit jedoch die Bestimmung des Betriebsrätegesetzes nicht anwendbar ist, darf der Dienstherr die Formen, in denen die Ausübung der Disziplinarbefugnis sich vollziehen soll, durch Vertrag mit dem Arbeitnehmer festsetzen. Es muß daher auch dem Staat als Dienstherr überlassen sein, von denjenigen, die in seine Dienste treten wollen, die Unterwerfung unter Bestimmungen zu verlangen, durch welche der Staat in die Lage versetzt wird, sich aller ihm zur Verfügung stehenden Einrichtungen zu bedienen, um nach Möglichkeit Gerechtigkeit walten zu lassen und Willkür auszuschalten. Wenn also das Disziplinarverfahren in gerichtlichen Formen sich vollzieht und der Staatsanwalt mitwirkt, oder auch die Gerichte zur Beweisaufnahme mit herangezogen werden, so geschieht dies nur um der Objektivität willen. Die Disziplinargerichte können aber deswegen nicht den ordentlichen oder Sondergerichten gleichwertig an die Seite gestellt werden. Die Disziplinargerichte entscheiden nur über die Verhängung von Dienststrafen, insbesondere darüber, ob ein Beamter wegen eines Dienstvergehens aus dem Amte entfernt werden soll. Alle andern Fragen beantworten die ordentlichen Gerichte, die über die vermögensrechtlichen Ansprüche des Beamten — und das sind die hauptsächlichsten — zu befinden haben.

Die Disziplinargerichte haben also für das ihnen unterstellte öffentliche Beamtenverhältnis nicht mehr Befugnisse als im privaten Arbeitsverhältnis der Arbeitgeber, der eine sofortige Entlassung aussprechen und mit Zustimmung des Gruppenrats die in der Arbeitsordnung vorgesehenen Strafen verhängen oder, falls ein Betriebsrat nicht besteht, die vereinbarte Vertragsstrafe dem pflichtvergessenen Arbeitnehmer auferlegen darf. Der einzige Unterschied zwischen beiden Fällen ist nur der, daß im privaten Arbeitsverhältnis ev. das Arbeitsgericht die verhängte Strafe gemäß § 343 BGB. herabsetzen oder eine fristlose Entlassung für unwirksam erklären kann, während im Beamtenrecht die ordentlichen

[86]) Nikisch, Anstellungsvertrag S. 33.

Gerichte an die Entscheidungen der Disziplinargerichte gebunden sind. Diese Endgültigkeit der Urteile bekundet zwar die Eigenschaft der Disziplinargerichte als echte Gerichte — sie sind Verwaltungsgerichte —, tut aber keinen Abbruch ihrem besonderen Charakter als Gerichte, die nur über die aus dem spezifischen Gewaltverhältnisse entstehenden Teilfragen eines Beamtenverhältnisses Entscheidungen zu treffen befugt sind. Das Verhältnis der Disziplinargerichte zu den ordentlichen Gerichten ist darum genau so geartet wie das Verhältnis einer Schiedsgutachterstelle oder eines Schiedsgerichts, die über Teil- und Vorfragen bindende Entscheidungen treffen sollen. In der gleichen Weise wie ein Angestellter sich den Urteilen solcher Schiedsgerichte und Gutachterstellen im voraus unterwirft, wenn der Tarifvertrag, auf Grund dessen er angestellt wird, solche Einrichtungen vorsieht, unterwirft sich auch der Beamte bei seiner Anstellung von vornherein den Entscheidungen der Disziplinargerichte. Da diese aber nur über einen Teil des Beamtenrechtsverhältnisses — das Gewaltverhältnis — rechtlich zuständig sind, so ist es gar keine strittige Frage, daß das Schwergewicht in Beamtenrechtsfragen nicht bei den Disziplinar-, sondern bei den ordentlichen Gerichten, in der Hauptsache also beim Reichsgericht liegt.

d) Das Disziplinarrecht, dem der Beamte unterworfen ist, zeigt also keine anderen Eigenschaften als die Disziplinarbefugnis des privaten Arbeitgebers auch. Damit ist der Beweis erbracht, daß das Gewaltverhältnis, in dem der Beamte steht, dem privaten Gewaltverhältnis gegenüber kein besonderes Gewaltverhältnis darstellt, es sei denn, man drückt damit die außerordentlich günstige Stellung des Beamten aus. Der Beamte steht nur in einem einfachen Gewaltverhältnisse[87]), da die tatsächliche Dauer des Verhältnisses nicht von dem Willen des Staates, sondern dem des Beamten dauernd abhängt. Dieses Gewaltverhältnis läßt sich mit den Beziehungen von Staat und Untertan, Staat und Soldat, Eltern und Kind, dominus und servus nicht vergleichen; denn das sind absolute Herrschaftsverhältnisse. Das Beamtenverhältnis zeigt vielmehr gerade in dem Disziplinarrecht Übereinstimmung mit dem Arbeitsverhältnisse. Das muß auch so sein, weil es nur um der Arbeit des Beamten willen begründet wird und für das Verhältnis des Beamten zum Staate als dessen Dienstmann, nicht aber als dessen Untertan Geltung besitzt.

IV. Noch einige Besonderheiten des Beamtenverhältnisses.

1) Das Beamtenverhältnis wird auch vielfach als ein personenrechtliches Verhältnis bezeichnet, das dem Familienrecht an die Seite zu stellen sei[88]). Es ist zwar nicht zu leugnen, daß das Beamtenrecht Züge aufweist, die an das Familienrecht erinnern und personen-

87) Georg Jellinek S. 217.
88) Köttgen S. 17; Kaskel, Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 128 ff. Potthoff S. 35 ff.

rechtlich geartet sind, z. B. die Fürsorgepflicht des Staates, auch einzelne Beziehungen, die sich aus der Treupflicht ergeben. Aber das macht noch keine personenrechtliche Beziehung aus. Auf Seite 50 dieser Arbeit ist für ein Personenrechtsverhältnis bereits die Forderung aufgestellt, daß es auf die persönlichen, also körperlichen, geistigen und seelischen Beziehungen von Mensch zu Mensch aufgebaut sein und darin auch seinen Zweck und seine Rechtfertigung finden müsse[89]). Darum kann das Beamtendienstverhältnis das Prädikat „personenrechtlich" nicht für sich in Anspruch nehmen. Es handelt sich hier ganz und gar nicht um eine persönliche Beziehung von Mensch zu Mensch wie in der Familie, sondern um die eines einzelnen Menschen zu einer öffentlichrechtlichen Interessengemeinschaft (Staat, Gemeinde oder Gemeindeverband) oder öffentlichen Einrichtung (Reichsbank). Bis zum Jahre 1918 mag für einen Teil der Beamtenschaft soweit er unmittelbar einem Fürsten zur Treue verbunden war, ein personenrechtliches Verhältnis bestanden haben. Heute aber sind alle persönlichen Beziehungen zu einer menschlichen Verkörperung des Staates weggefallen. Der Beamte schuldet darum überhaupt keine persönlichen Dienstleistungen einer natürlichen Person, sondern nur Dienste in einer Behörde und auch nur innerhalb eines gegenständlich abgegrenzten Wirkungsbereiches. Obendrein gründet sich das gesamte Verhältnis nicht auf körperliche, geistige oder seelische Beziehungen, sondern auf Arbeit, auf das Interesse des Gemeinwesens an der Dienstleistung des Beamten. Dadurch werden zwar in einigen Punkten familienartige Beziehungen geschaffen. Diese sind aber bei manchen privaten Arbeitsverhältnissen sogar noch umfangreicher als beim Beamten. Es sei nur an die Aufnahme in die häusliche Gemeinschaft erinnert. Dadurch erhebt sich aber das Arbeitsverhältnis nicht ins Familienrecht. Darum bleibt auch das Beamtenverhältnis, weil nur um der Gewinnung von Dienstleistungen willen und ohne Knüpfung körperlicher, geistiger und seelischer Bande begründet, in der Mitte zwischen Sachgüter- und Familienrecht. Es gehört ins Arbeitsrecht[90]).

2) Auch kann die Behauptung nicht zutreffen, es handele sich beim Beamten nicht so sehr um ein rechtliches, als vielmehr e t h i s c h e s V e r h ä l t n i s, dessen Inhalt durch die Rechtsordnung nicht vollständig erfaßbar sei[91]). Wenn das überhaupt einen Sinn hat, so nur den, daß sich der Umfang der Dienst- und Treupflichten nicht nach konkret ins einzelne gehenden rechtlichen, sondern nach abstrakten sittlichen Begriffen bestimmt. Man vergißt hierbei nur, daß es gar nichts so Besonderes in unserem Rechtsleben ist, daß Rechtspflichten durch rein sittliche Begriffe bestimmt werden. Man denke nur an den „Verstoß gegen die guten Sit-

---

89) Vergl. Lutz Richter S. 80.
90) Lutz Richter S. 108 ff.; Rosenstock, JW. 1922 S. 560; Sinzheimer S. 40.
91) Herrnritt S. 180.

ten" (§ 826 BGB.), an den Begriff des „unlauteren" Verhaltens im § 12 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb und an den jedes Schuldverhältnis beherrschenden Begriff von „Treu und Glauben" (§ 242 BGB.). Durch die Aufnahme solcher sittlichen Begriffe in das Recht wird nur bewiesen, daß alles Recht im Sittlichen wurzelt und ethisch sein muß, wenn es wahres Recht sein soll. Keinesfalls wandeln die ins Recht aufgenommenen sittlichen Begriffe die Rechtsverhältnisse in ethische Verhältnisse, wenn diese nicht schon von vornherein auf einer sittlichen Grundlage errichtet sind, wie z. B. die Ehe.

3) In die Reihe der hiermit verwandten Erwägungen gehört auch die Behauptung, daß der Beamtenstand kein Nahrungs-, sondern ein Gesinnungsstand sei[92]), und daß die Besonderheit des Beamtentums letztens allein auf einer psychologischen Grundlage beruhe[93]). Es sei die spezifische geistige Haltung, in der er zum Amte stehe, die ihn gegenüber dem gewöhnlichen Arbeitnehmer kennzeichne[93]). Darauf ist Folgendes zu erwidern: Für den Beamten dient unbestrittenermaßen seine Tätigkeit der Lebensversorgung, also ist der ganze Stand auch ein Nahrungsstand. Und das ist gewiß keine Schande. Daß daneben vom Beamten eine gewisse geistige Einstellung, eine Bejahung der Lebensinteressen des Staates gefordert und erwartet wird, ist doch eine Selbstverständlichkeit bei jeder Tätigkeit im Dienste des Staates. Man darf eben nicht vergessen, daß diese Art von Gesinnung nicht nur den Staatsdienst auszeichnet. Sehr viele Privatangestellte sind ohne bestimmte, der Lage ihres Arbeitgebers angepaßte Geisteshaltung und ohne innere Übereinstimmung ihrer eigenen Anschauungen mit denen ihres Arbeitgebers überhaupt nicht geeignet, ihren Arbeitsplatz entsprechend auszufüllen. Beispiele sind die Syndici, Parteibeamten, Redakteure, Kirchendiener, Angestellte charitativer Vereinigungen und die Arbeitnehmer in Tendenzbetrieben. Wenn von einem Beamten in der Regel eine gemeinnützige, vom privaten Arbeitnehmer in der Regel aber eine individualistische Haltung erwartet wird, so ist es doch in jedem Falle eine Haltung, die sich nicht nach eigenen, sondern nach fremden Interessen orientiert, nämlich nach den Interessen des Arbeitgebers oder Dienstherrn. Und diese können in öffentlichen Betrieben egoistisch und in privaten Einrichtungen sogar gemeinnützig sein. Es wird zu oft außer acht gelassen, daß der persönliche Dienst in fremdem Rechts- und Interessenbereiche eine gesinnungsmäßige Anpassung an die den Arbeitgeber bei seinem Unternehmen (in weitestem Sinne) leitende Ziele überall verlangt und nicht nur im Beamtendienst. Aber eine besondere Gesinnung braucht es nicht in jedem Falle zu sein. Oder welche besondere Geisteshaltung soll man den beamteten, aber in vollständig unselbständigen Stellungen befindlichen Kesselwärtern, Kastellanen,

---

92) Gerber, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts S. 17 Anm. 61.
93) Köttgen S. 15.

Fahrkartenknipsern, Briefträgern und Buchhaltern erwarten, wenn nicht höchstens den Willen zur Wahrung wirtschaftlicher Interessen der betreffenden Dienstbehörde? Eine besondere geistige Einstellung zu seinen Berufsaufgaben kennzeichnet also den Beamten gegenüber dem privaten Arbeitnehmer nicht, es sei denn, man geht so weit, die Beamtenschaft mit einem Orden zu vergleichen und ihre Ausgestaltung ähnlich der straffen Gesinnungszucht der kommunistischen Partei Rußlands oder des Faschismus Italiens für wünschenswert zu halten[94]). Es wäre höchst bedauerlich, wenn man unter Gesinnung die unbedingte Anhängerschaft an eine bestimmte Welt-, Wirtschafts- und Staatsauffassung verstehen wollte. Damit würde man die Beamten zu Gesinnungssklaven herabwürdigen und jede geistige Freiheit im Keime ersticken. Diese ist aber für einen erheblichen Teil unserer Beamtenschaft — insbesondere Lehrer an höheren Schulen und Universitäten — unerläßliche Vorbedingung ihres Wirkens. Selbst wenn man mit Gesinnung den gesteigerten Eifer in der Dienstleistung meinen sollte, könnte das nicht unwidersprochen bleiben. Der Arbeiter und Angestellte ist in der Ausgabe persönlicher Kraft im Dienste seines Arbeitgebers keineswegs sparsamer als der Beamte; andernfalls müßte man sich auf den Standpunkt stellen, der private Arbeitnehmer — auch der des Staates — sei eben nur ein Mietling, der nur mechanisch seine Arbeit tue ohne inneres Bemühen, die Interessen seines Arbeitgebers wie die seinigen zu verfolgen. Es ist darum, wie Wacke, Dienstrecht S. 60 gegen Köttgen (Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 11) hervorhebt, nicht wahr, daß im Arbeitsverhältnis die Leistungspflicht zu einer bloßen Verpflichtung äußeren Handelns herabgesunken sei. Hingabe im Dienst wird auch vom privaten Arbeitnehmer gefordert. Aber diese Gesinnung bei der Dienstleistung, also auch das, was Gerber[95]) „Gesetzesfrömmigkeit“ beim Beamten nennt, ist „ein innerer Vorgang, der sich rechtlicher Regelung entzieht“[96]). Er bleibt der einzige irrationale Rest in jeder Arbeitstätigkeit im Dienste anderer, also auch im Beamtendienst. Daher ist es nicht nur falsch, von einer anderen psychologischen Grundlage zu reden, sondern auch unmöglich, dieses Irrationale zu einem Kriterium des Beamtentums machen zu wollen. Rechtliche Bedeutung kommt ihm überhaupt nicht zu, eben weil dieser angebliche psychologische Mehrwert des Beamten kein äußeres Kennzeichen hat und außerdem auch bei vielen Beamten gar nicht einmal vorhanden sein dürfte[97]).

In Wirklichkeit dreht es sich bei diesen Formeln um die anerkennenswerten Bemühungen, dem Beamtenberuf inneren Wert und Gehalt

---

[94]) Das tut Gerber, Vom Begriff und Wesen des Beamtentums S. 64.
[95]) Vom Begriff und Wesen des Beamtentums S. 60.
[96]) Sinzheimer S. 39.
[97]) Es gibt Koalitionen, die Arbeitnehmer und Beamte in ihren Reihen haben (Reichsverband der Büroangestellten und Beamten). Das ist doch nur möglich, weil sie nicht nur gleiche Interessen, sondern auch das Gefühl haben, daß sich ihre Rechtsverhältnisse in nichts Wesentlichem unterscheiden.

zu verleihen. Das ist ein sehr schönes und lobenswertes Ziel. Aber andere Arbeitnehmergruppen erstreben in gleicher Weise die Erweckung der sittlichen Kräfte ihrer Mitglieder und ihre Durchdringung mit einem bestimmten Berufsethos. Doch liegt das alles außerhalb des Bereiches der Rechtsbeziehungen von Arbeitendem und Dienstherrn.

4) Es ist auch nicht berechtigt, das Beamtenverhältnis als ein Schutzverhältnis zu bezeichnen und zu behaupten, der Staat komme seiner Pflicht, den Beamten zu schützen, nach, indem er ihn bei Ausübung seines Amtes gegen Übergriffe durch die strengen Vorschriften der §§ 113 ff. StGB. und ein besonderes Delikt der Beamtenbeleidigung[98]) gegen Verunglimpfung und gegen Ungehorsam durch die Zwangsbefugnisse der §§ 132 ff. LVG. sichere[99]). Der Staat wäre im Verhältnis zu seinen Beamten zu diesem Schutz nur verpflichtet, hätte der Beamte ein eigenes Recht am Amte, und würde ihm durch Widersetzlichkeit und Ungehorsam ein persönliches Unrecht angetan. Davon ist aber keine Rede. Der Beamte verfolgt im Dienste niemals ein eigenes Recht[100]). Daher kann auch sein Recht nicht verletzt werden. Es ist der Staat, der durch Widersetzlichkeit und Ungehorsam eine Einbuße erleidet, die er nicht dulden kann in seinem eigenen Interesse, nicht aber im Interesse des Beamten. Ein Staat, der seine Diener in Ausübung ihres Amtes nicht mit dem nötigen Schutze und der erforderlichen Machtfülle versehen würde, gäbe sich selbst auf. Auch was die sogenannte Beamtenbeleidigung angeht, so handelt es sich dabei nur um ein Recht der vorgesetzten Dienstbehörde, ihrerseits selbständig die Strafverfolgung von Beleidigern ihrer Beamten zu veranlassen. Das geschieht aber nur, wenn es das Interesse des Dienstes erfordert. Sonst ist es Sache des Beamten selbst, ihm angetane Verunglimpfungen durch Privatklage zu verfolgen. Die angeblich auf Grund einer Pflicht zum Schutze des Beamten gegebenen Vorschriften hat also der Staat in seinem eigenen, nicht aber in dem der Beamten erlassen.

5) In neueren Abhandlungen, in denen zur Kontroverse „Arbeitnehmer und Beamte“ Stellung genommen worden ist, wird sehr stark als eben die Besonderheit des Beamten seine Stellung als Organträger im öffentlichen Leben betont[101]). Auf die in der Staatsrechtswissenschaft aufgetauchten Organtheorien, ihre Begründungen und Widerlegungen braucht hier gar nicht erst eingegangen zu werden. Warum wird nachher deutlich werden. Es soll vielmehr einmal unterstellt werden, es sei richtig, daß in ihren Organen die juristische Person sichtbar verkörpert wird, und daß das Handeln der Organpersonen nicht eine Vertretung, son-

98) Wacke, S. 40, will diesen Schutz auch auf die kommunalen Dauerangestellten ausdehnen, die doch private Arbeitnehmer sind.
99) Brand, Beamtenrecht S. 13; Kaskel, Beamtenr. u. ArbR. S. 429 ff.
100) Walter Jellinek S. 198.
101) Fast vollständig befassen sich damit die Schriften Gerbers „Vom Begriff und Wesen des Beamtentums“ und „Entwicklung und Reform des Beamtenrechts“. Außerdem Kaskel, Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 424 ff.

dern eine unmittelbare Darstellung (Repräsentation) der juristischen Person sei[102]). Es wird zugegeben werden müssen, daß sich die ganze Organträgerschaft des Beamten nur auf seine Stellung gegenüber Dritten, also vornehmlich den Staatsbürgern gegenüber bezieht und nur dort Bedeutung gewinnt. Die Stellung des Beamten gegenüber dem Staat im Innenverhältnis erfährt durch die nach außen verliehene Macht keine Veränderung. Der Beamte bleibt auch auf verantwortungsvollem Posten als Regierungsrat, Landrat, Ministerialdirektor im Gewaltverhältnisse. Er bleibt ein Dienstmann. Auch darf man aus der Tatsache, daß es sich aus rein praktischen Gesichtspunkten empfiehlt, obrigkeitliche Befugnisse nur durch Beamte ausüben zu lassen und daß auch das von der Rechtsprechung dauert gefordert wird[103]), durchaus keinen Rückschluß auf alle Beamten machen und sagen, sie hätten ausnahmslos Organstellung. Das tut Kaskel, indem er auch dem untersten Beamten, also Briefträgern und Kastellanen, Verkörperung der Staatsautorität zuschreibt[104]), während man nach seinen Ausführungen über die Aktiengesellschaft und ihre Organe annehmen darf, daß Direktoren und Prokuristen, die nicht zum Vorstande gehören, nicht als Organe der Aktiengesellschaft anzusehen seien, sondern nur als ihre Vertreter. Wo bleibt da die Konsequenz[105])? Kaskel hat zwar recht, daß für einen Arbeitnehmer eine Vollmacht nach außen nicht wesentlich ist, aber er übersieht, daß zur Beamteneigenschaft eine Organstellung, d. h. Wirkungsmöglichkeit nach außen, ebenfalls nicht erforderlich ist. Bei der ganzen Debatte über die Beamten als Organe der öffentlichen Gemeinwesen geht es in Wirklichkeit um die an sich wichtige praktische Frage, in welchen Fällen jemand als Beamter angestellt werden soll. Für das Beamtenverhältnis ist es aber heute anerkanntermaßen ohne Belang, ob der Beamte ein wirkliches Amt mit Befugnissen nach außen verwaltet oder nicht; denn die Praxis, deren Stand zu erfassen Aufgabe dieser Arbeit ist, hat sich bis jetzt nicht im mindesten an eine solche Forderung gekehrt. Sie verleiht Privatangestellten obrigkeitliche Befugnisse[106]) und macht Personen mit nur mechanischer Tätigkeit ohne politischen oder obrigkeitlichen Einschlag zu Beamten, also Leute, bei denen von Organträgerschaft gar keine Rede sein kann, bei denen Daueranstellung unter straffer Handhabung der Zucht den gleichen Erfolg hätte. Das alleinige Kriterium ist in Wirklichkeit immer, ob eine Anstellung unter Privatrecht oder Beamtenrecht erfolgte. Das gilt heute umsomehr, als nach preußischem Landesrecht — für das Reich wird eine gleiche Rege-

[102]) Helfritz, Staatsrecht S. 42 ff.
[103]) RG. E. Bd. 99, 267; 106, 18; 108, 418.
[104]) Beamtenrecht und Arbeitsrecht S. 425.
[105]) Auch Jacobi S. 57 Anm. 62 hält Kaskels Ausführungen nicht für schlüssig.
[106]) Z. B. Flurschützen, Fleischbeschauer; die Vorsitzenden der Arbeitsämter, welche Strafbefugnisse und weitgehende Entscheidungsmacht haben, sind meistens Privatangestellte; es gibt sogar, worauf Gerber, Entw. u. Reform des Beamtenr. S. 44, hinweist, auf Privatvertrag angestellte als Richter beschäftigte Gerichtsassessoren, privatrechtlich verpflichtete Regierungsräte und wissenschaftliche Hilfsarbeiter in den Ministeren.

lung angestrebt — niemand mehr als Beamter anzusehen ist, dessen Anstellung nicht unter Aushändigung einer Urkunde erfolgt ist, in der die Worte „unter Berufung in das Beamtenverhältnis“ enthalten sind[107]) Erst in Zweifelsfällen kann die Organträgerschaft als ein Symptom für das Vorhandensein von Beamtenqualität dienen[108]). In der Art der Tätigkeit gibt es aber keinen Unterschied zwischen privaten Arbeitnehmern und Beamten, mag es sich um Hoheits-, technische oder Wirtschaftsbeamten handeln[109]) [110]).

V. Zusammenfassung (Berufsbeamtenbegriff).

Berücksichtigt man alles, was die Untersuchung über das Wesen des beruflichen Beamtenverhältnisses zutage gefördert hat, so ergibt sich vom Berufsbeamten folgende Begriffsbestimmung:

Berufsbeamter ist, wer — in der Regel gegen Entgelt (Gehalt, Pension, Hinterbliebenenversorgung) — gegenüber einem öffentlichen Gemeinwesen nach öffentlichem Recht zur persönlichen Arbeits(Dienst)-leistung für längere Zeit derart verpflichtet ist, daß seine Verbindlichkeiten gegenüber der anstellenden Behörde in einem einfachen Gewalt- und einem inhaltlich gesteigerten Treuverhältnis sich erschöpfen.

---

107) VO. v. 12. 9. 31 GesSamml. S. 179 — v. Bremen, Begründung des Beamtenverhältnisses, Rdsch. f. Kommb. 1932 S. 267.

108) Brand, Beamtenrecht S. 18/19.

109) Sinzheimer S. 38.

110) Darum will auch Wacke, Dienstrecht S. 59, der organschaftlichen Stellung des Beamten nur dann Bedeutung beimessen, wenn aus ihr handgreifliche Unterschiede in der rechtlichen Behandlung folgern würden. Daran fehlt es aber auch seiner Meinung nach.

Fünfter Abschnitt.

Ergebnis der Untersuchung.

I. „Arbeitnehmer" als Sammelbegriff für Arbeiter, Angestellte und Beamte.

Im Laufe der Besprechung des Beamtenverhältnisses war bereits ständig Gelegenheit gegeben, auf die Übereinstimmung der privaten und öffentlichen Dienstverhältnisse in allen wesentlichen Punkten hinzuweisen. Nach der eben gegebenen Fassung des Berufsbeamtenbegriffes kann nicht mehr unklar sein, welches Endergebnis die gemachten Untersuchungen zeigen müssen. Es ergibt sich aus der einfachen Gegenüberstellung der in beiden Rechtsverhältnissen gefundenen Wesensmerkmale. Diese sind beim Beamten wie beim privaten Arbeitnehmer: Dauerbeziehung, Entgeltlichkeit, Treuverhältnis und einfaches Gewaltverhältnis, bei gleichgenauer Verpflichtung zur Leistung von im voraus nicht ins einzelne abgegrenzten Arbeits-(Dienst)leistungen. Als ein einziger Unterschied zwischen Beamten und Arbeitern verbleibt die Regelung des einen Verhältnisses in der öffentlichen und des andern in der privaten Rechtssphäre[1]). Das ist aber keine so große Kluft, daß die Betrachtung des Beamtenverhältnisses als eines echten Arbeitsverhältnisses zur Unmöglichkeit verurteilt wäre. Recht ist Recht. Die Frage aber, ob die Regelung einer Rechtslage im öffentlichen oder privaten Recht vorgenommen werden soll, beantwortet man lediglich nach der Zweckmäßigkeit. Der Unterschied von öffentlichem und privatem Recht ist darum hier nur formaler Natur. Es ist eine rein technische Verschiedenheit, ja nicht einmal ganz; denn das private Arbeitsverhältnisnis wird in sehr vielen Teilen, insbesondere im Arbeiterschutzrecht, von nur öffentlichen Rechtsvorschriften beherrscht[2]).

Es ist doch sehr auffällig, daß das private und öffentliche Arbeitsverhältnis die gleichen Wirkungen auf den Arbeitenden auslöst. Wenn es auch den Menschen nicht absolut knechtet und ihm eine Sphäre der Freiheit noch läßt, so ist doch die hin und wieder gehörte Behauptung, daß es ihn als

---

[1]) Daß dieser Unterschied nur technischer Art ist, erkennt auch Köttgen S. 14 an. Nur sieht er darin den Ausdruck einer psychologischen Verschiedenheit.
[2]) Sinzheimer, Grundzüge S. 39/40.

Ganzes erfasse, insofern berechtigt, als beim Arbeiter, Angestellten und Beamten das Leben von dem einzigen Arbeitsverhältnisse, in dem sie gerade stehen, ausschließlich gestaltet wird. Art, Tempo, Ort und Zeit der Arbeit werden von fremden Mächten bestimmt, die damit in den ureigensten Lebensbereich des Arbeitenden einfallen. Die Lebensbahn des in fremdem Dienste Tätigen wird von diesem Dienste entscheidend beeinflußt „von der Lehre bis zur Altersrente“[3]). Dies umso mehr, je fester die Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sind. Daher gehört das Beamtenrecht ins Arbeitsrecht; denn das Arbeitsrecht ist nicht etwa das Recht einer bestimmten Klasse oder eines Standes, wie Kaskel gemeint hat[4]): es ist schlechthin das Recht, das sich mit den Bedingungen befaßt, unter welchen Arbeit im Dienste anderer unter Berücksichtigung sowohl der Interessen des einzelnen wie derjenigen der Gesamtheit geleistet werden darf[5]). Wenn es wahr wäre, daß der Arbeiter seine Arbeitskraft verkaufte und sein Verhältnis zum Arbeitgeber allein von dem Grundsatz „do ut des“ beherrscht würde, also ein reines Austauschverhältnis wäre, dann ließe sich allerdings sein Rechtsverhältnis mit dem des Beamten niemals vergleichen. Aber Arbeit ist keine Sache, die unter den Regeln des Sachenrechts einem andern übertragen werden könnte. Arbeitskraft ist vielmehr eine vom Menschen untrennbare Fähigkeit. Ihre Betätigung unter der Herrschaft anderer muß immer die gleichen Folgen hervorrufen. Es kann das abhängige Arbeitsverhältnis niemals eine reine Obligation bleiben, da der Gegenstand dieses Rechtsverhältnisses, die Arbeitskraft, keine Beziehung auf ein Drittes schafft, sondern die Person des einen Kontrahenten mit in den Vertrag hineinbezieht. Das hat man im Beamtenverhältnis niemals übersehen. Und für das private Arbeitsverhältnis beharren auch heute noch Staatsrechtler in dem Irrtum vom Verkauf der Ware „Arbeitskraft“. Das beweist ein Blick in die neuere Literatur[6]). Aber Arbeitsverhältnisse sind keine Austauschverhältnisse, sondern Dauerleistungsverhältnisse. In ihrem Mittelpunkte steht keine Sache, sondern ein lebendiger Mensch mit allen seinen Nöten und Gebrechlichkeiten. Arbeitskraft ist kein außerhalb der Person existierendes und ihr lediglich rechtlich zustehendes Gut, sondern wie Rosenstock sehr treffend sagt, der

---

3) Rosenstock JW. 1922 S. 560.
4) Kaskel, Arbeitsrecht S. 2 und 47; dagegen Rosenstock, JW. 1922 S. 561.
5) so ungefähr Rosenstock JW. 1922 S. 560.
6) Gerber, Entwicklung und Reform des Beamtenrechts S. 25.

Mensch selbst in einem andern Aggregatzustande[7]). Man kann seine Arbeitskraft nicht verkaufen. Man kann als Arbeiter, Angestellter oder Beamter die körperliche und geistige sowie seelische Kraft erfordernde und vor allem zeitraubende Tätigkeit im Dienste eines anderen nur einordnen in den Lauf seines Lebens. Im privaten wie öffentlichen Dienst ist das völlig gleich. Das aber entscheidet.

Aufgabe des Arbeitsrechtes ist es nun, durch eine dem Sinn des Menschenlebens angepaßte rechtliche Regelung aller dieser Verhältnisse den einzelnen wie die Gesamtheit vor Schaden zu bewahren. Darum muß es alle in gleicher Lage Lebenden erfassen, also auch die Beamten in seinen Bereich mit einbeziehen; denn des Arbeitsrechtes Rechtsgut ist die Laufbahn des arbeitenden Menschen[8]). Darum ist auch der Beamte nur ein Arbeitnehmer, der allerdings einer besonderen Gruppe angehört[9]). Arbeiter, Angestellte und Beamte sind nur die Haupttypen der im Dienste anderer Arbeitenden[10]). Sie sind in Wirklichkeit nicht streng gesondert. Zwischen ihnen gibt es Übergangsformen genug. Erstens ist es nicht möglich, den Angestelltenbegriff gegen den Arbeiterbegriff genau abzugrenzen[11]). Das Angestelltenversicherungsgesetz ist hierfür bezeichnend. Es zählt in § 1 die Hauptgruppen der Angestellten kasuistisch auf. Diese Aufzählung bedarf aber außerdem noch einer ins einzelne gehenden Ergänzung durch den Reichsarbeitsminister. Die Grenze zwischen Angestellten und Beamten ist zweitens ebenso wenig scharf zu ziehen. Wacke hat nachgewiesen[12]), daß die kommunalen Dauerangestellten, von denen in dieser Arbeit schon wiederholt die Rede war, halb öffentliche, halb privatrechtliche Arbeitnehmer sind; denn sie unterliegen in der Regel sowohl der staatlichen Besoldungsordnung als auch dem Disziplinarrecht der Beamten. Ihre Stellung kommt denen der Kündigungsbeamten äußerst nahe. Zwischen dem einfachen Arbeiter und dem fest angestellten Beamten stehen also die verschiedenartigen Zwischenstufen von Arbeitnehmern. Darum bilden die Begriffe „Arbeiter“, „Angestellte“, „Beamte“ auch keine Gegensätze, die eine einheitliche Betrachtung ausschließen[13]).

---

7) Rosenstock, Vom Industrierecht S. 92 Anm. 23.
8) Rosenstock JW. S. 562.
9) Sinzheimer S. 40.
10) Lutz Richter S. 108 ff.
11) Hueck in HR. I. Bd. S. 64.
12) S. 34.
13) Auch Wacke, Dienstrecht S. 61, anerkennt, daß die in praktischer Hinsicht bedeutungsvollen Unterschiede zwischen Beamten und privaten Arbeitnehmern systematischer Einteilungsgründe weitgehend entbehren.

II. Die rechtlichen Folgen der Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes auf die Beamten.

Welche Folgen ergeben sich nun aus der Erkennnis, daß der Beamte auch nur eine Art Arbeitnehmer ist? Die Antwort darauf ist schon zum Teil einmal angedeutet worden. Die Darstellung des Beamtenrechts gehört ins Arbeitsrecht. Das müßte in einer Weise geschehen, wie es bereits Sinzheimer vorgeschlagen hat. Es sind „die allgemeinen Grundzüge des Arbeitsrechtes auch für die Beamten auszubauen, im übrigen aber die durch die Natur ihres Verhältnisses geschaffenen Besonderheiten in einem Beamtensonderrecht, das dem Gesetzbuch der Arbeit eingegliedert ist, zum Ausdruck zu bringen"[14]. Bei der hier vorgeschlagenen Betrachtung der Beamten als Arbeitnehmer wird man allerdings doch einen Strich mitten durch die Beamtenschaft ziehen müssen. Es ist wie bei den Angestellten aus der großen Masse der Beamten den l e i t e n d e n Beamten teilweise eine Sonderstellung einzuräumen. Es sind diejenigen, welche Bendix als Prinzipalbeamte bezeichnet[15], weil ihnen eine bevorzugte Stellung gegenüber den anderen Beamten zukommt. Dies wären beispielsweise die Bürgermeister, Landräte, Regierungspräsidenten, die Vorsitzenden der Finanzämter, die Präsidenten der verschiedenen Gerichte, die Hauptleiter der fiskalischen Wirtschaftsbetriebe und die Minister. Ihnen eine Sonderstellung zuzuweisen ist deshalb erforderlich, weil sie gegenüber den ihnen untergeordneten Beamten den Staat als Arbeitgeber und Dienstherrn vertreten, also Arbeitgeberfunktionen in der Hauptsache ausüben[16].

Dies wäre allerdings eine Angelegenheit künftiger Gesetzgebung. Es ergeben sich aber bereits heute aus der Verwandtschaft von Beamten, Angestellten und Arbeitern manche praktische Folgerungen. Insbesondere zeigt sich die heute in Schrifttum und Rechtssprechung herrschende Auffassung teilweise als unhaltbar, daß eine entsprechende Anwendung der im privaten Arbeitsverhältnis anerkannten Rechtssätze auf das Beamtendienstverhältnis nicht angängig sei[17]. Eine Anwendung von Rechtssätzen des Privatrechts soll im Beamtenrecht nach dieser Meinung nur in Frage

---

14) Sinzheimer S. 41.
15) S. 80.
16) Lutz Richter S. 109 ff. Er beschränkt allerdings die leitenden Beamten auf die politischen Beamten. S. 115.
17) Brand, Beamtenrecht S. 14 und 36; Nipperdey in Staudinger II, 2. Bd. Vorbem. zu § 611 IV 2a; RG. E. Bd. 97, 43; Bd. 111, 22.

kommen, soweit sie allgemeinrechtlicher Art sind. Das ist im allgemeinen zwar richtig, aber für die im privaten Arbeitsverhältnis geltenden Rechtsnormen bedarf diese Regel einer bedeutsamen Einschränkung. Daß analoge Anwendung von Regeln des privaten Dienstrechtes auf das Beamtenverhältnis keineswegs so abwegig sein kann, geht aus der Stellungnahme der unteren Gerichte hervor, die das wiederholt getan haben. Gegen deren Auffassung hat allerdings das Reichsgericht immer wieder ankämpfen zu müssen geglaubt[18]). Der Gedanke an eine Analogie könnte gar nicht auftauchen, wenn es nicht zu offenkundig wäre, daß die Rechtsverhältnisse der Arbeiter, Angestellten und Beamten in ihrem Wesen grundsätzliche Übereinstimmung zeigen. Wenn beispielsweise ein Magistratsangestellter, der als Kassierer tätig ist, ins Beamtenverhältnis überführt wird, so bleibt in Wirklichkeit doch alles Wesentliche beim alten: Die Art der zu leistenden Dienste, der Umfang der Geschäfte, die Größe der Verantwortung, die Abhängigkeit von den Vorgesetzten; sogar der Umfang der Treupflichten erfährt keine Veränderung. Es ändert sich nur etwas zugunsten des Angestellten: Man darf ihn jetzt nicht mehr so schnell an die Luft setzen. Aber die lebenslängliche Anstellung und die Disziplinarbefugnis sind ja keine Besonderheiten des Beamtenverhältnisses. Es stehen Beamten- und Angestelltenverhältnis auf dem gleichen Boden der Arbeit für andere. Darum darf auch das, was für das eine Verhältnis gilt, auch für das andere gelten, soweit es nicht durch die Besonderheiten des einen Verhältnisses gerade ausgeschlossen ist. Klarer kann die Möglichkeit für eine Analogie kaum noch liegen als zwischen dem privaten und öffentlichen Arbeitsverhältnisse. Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht darf kein Hindernis sein; denn „wenn die Ähnlichkeit der öffentlichrechtlichen Frage mit einer bürgerlichen unmittelbar in die Augen springt und die Heranziehung des bürgerlichen Rechts den Fall glatt entscheidet, wäre es unverständig, die vom BGB. dargebotene Hilfe nicht zu ergreifen"[19]). Beamte, Angestellte und Arbeiter gehören zusammen in das Arbeitsrecht. Sie müssen daher in erster Linie schon in ihrem eigenen Interesse von arbeitsrechtlichen Regeln erfaßt werden, auch dann, wenn diese keine allgemeinrechtliche Bedeutung haben. Darum ist die Anwendung der privaten Arbeitsrechtsregeln im Beamtenrecht nur dann, wenn sie zugleich allge-

---

18) RG. E. Bd. 97, 43.
19) Walter Jellinek S. 144.

meine Rechtsregeln darstellen, stark gekünstelt und führt obendrein zu offenkundigen Härten.

Ein Beispiel dafür bietet ungewollt Brand[20]). Er bekämpft die ganz richtige Ansicht Wölblings (Das Recht der Gemeindebeamten in den östlichen Provinzen Preußens, 1913, S. 126), daß auf Kündigungsbeamte die Fristen des § 621 BGB. entsprechend anzuwenden seien. Von der vom Reichsgericht verfochtenen Ansicht aus, nur allgemeinrechtliche Regeln des privaten Rechts könnten im Beamtenrecht Anwendung finden, ist das sehr richtig gefolgert, aber verfehlt vom arbeitsrechtlichen Standpunkt aus. Kündigungsfristen sind überhaupt nur verständlich, wenn man sie in Zusammenhang bringt mit den von dem Arbeitnehmer abgeschlossenen und in seinem Leben eine fortlaufende Kette bildenden Arbeitverträgen. Der Arbeitnehmer ist zum Abschluß von Arbeitsverträgen fast ausnahmslos gezwungen. Darum ist im BGB. die sofortige Entlassung beschränkt. Es sind Fristen vorgeschrieben, um dem Arbeitnehmer Gelegenheit zum Aufsuchen neuer Arbeit zu geben. In gewissen Fällen ist die Kündigung sogar nur für einen bestimmten Zeitpunkt (Beginn des Kalendervierteljahres) möglich, weil nach den gemachten Erfahrungen der Antritt einer neuen Arbeitsstelle gerade zu diesem Zeitpunkt ohne längere Arbeitslosigkeit möglich ist. Was aber könnte einem Kündigungsbeamten geschehen, bei dessen Anstellung die Bestimmung einer Frist versäumt worden ist? Aus Brands Stellungnahme darf man folgern, daß er nach Belieben entlassen werden dürfte. Aus allgemeinen Rechtserwägungen würde allerdings keineswegs zu folgern sein, daß der betreffende Beamte eventuell sogar unter Beachtung einer Kündigungsfrist von sechs Wochen nur zum Schluß des Kalendervierteljahres entlassen werden darf, wie es in § 622 BGB. für Privatbeamte vorgeschrieben ist. Brand glaubt auch, der Staat dürfe einem Beamten, dem eine Kündigungsfrist von einem Monat zusteht, beispielsweise am 3. März zum 3. April kündigen, weil das Kündigungsrecht staatsrechtlich sei. Er zeigt damit wenig Verständnis für die Lage des auf Arbeit im Dienste anderer angewiesenen Menschen. In dem Zeitpunkte, in welchem der Beamte wieder auf dem Arbeitsmarkte erscheint, also bei seiner Entlassung, müssen für ihn vielmehr die gleichen Grundsätze gelten dürfen, die zugunsten des Arbeiters und Angestellten Gesetz geworden sind für den Fall, daß er von seinem Arbeitgeber wieder auf den Arbeitsmarkt

20) Beamtenrecht S. 36.

geworfen wird. Dazu gehört nicht nur die Innehaltung von Fristen, sondern auch die Beachtung gewisser Termine wie Monats- und Vierteljahresschluß. Warum der Beamte von solchen Vorteilen ausgenommen sein soll, ist nicht einzusehen; trotz der Öffentlichrechtlichkeit des Kündigungsrechts drängt hier alles zur Analogie.

Auch die Anwendung des § 615 BGB. S. 2 — Anrechnung dessen, was der zum Dienst Verpflichtete in der Zwischenzeit durch anderweite Arbeit erworben hat, auf seine Gehaltsansprüche — soll gegenüber dem Beamten nicht möglich sein. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen Gründen anders als beim Angestellten der Fall beim Beamten zu beurteilen sein soll, den ein öffentlicher Dienstherr zu unrecht entlassen hat. Durch eine solche Rechtsprechung wird geradezu ein Anreiz gegeben, mit der Verfolgung von Rechtsansprüchen aus ungerechtfertigter Entlassung recht lange zu warten und inzwischen einem anderen Gewerbe nachzugehen.

Es wird vielmehr als Grundsatz gelten müssen: Bei Wesensübereinstimmung eines öffentlichrechtlichen Instituts mit einem privatrechtlichen ist gegenseitige Analogie auch dann berechtigt, wenn es sich nicht gerade um die Anwendung von allgemeinrechtlichen Normen handelt, sofern nur die Anwendung der speziellen Rechtsnorm im Rechtsverhältnisse der privaten oder öffentlichen Sphäre der besonderen Regelung nicht widerspricht.

Diese Ausführungen zeigen, daß eine Ausdehnung des Arbeitnehmerbegriffes auf die öffentlichen Beamten nicht zu einer Schmälerung ihrer Rechtsstellung führt. Im Gegenteil! Erst durch gemeinsame Lösung aller Fragen, welche die Arbeitnehmer — Arbeiter, Angestellte und Beamte — betreffen, werden neben den privaten Arbeitnehmern auch die Beamten der Sicherungen teilhaftig werden, die ihnen heute vielfach noch fehlen, insbesondere auf dem Gebiete des Arbeiterschutzrechts[21]).

---

[21]) Vergl. Sinzheimer S. 40 Anm. 1 und S. 41.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Herrmann, bin geboren am 17. April 1901 zu Neustadt Oberschl. als Sohn des Fabrikwebers Josef Herrmann in Neustadt Oberschl.

Ich besuchte acht Jahre die Volksschule und war im Anschluß daran bis zum 18. Lebensjahre Lehrling und zuletzt Bürogehilfe bei der Stadtverwaltung Neustadt. Im Sommer 1919 ging ich als Freiwilliger zum Schlesischen Grenzschutz (Schützen-Regiment Nr. 15). Dort wurde ich mit dem Schlesischen Adler ausgezeichnet. Danach war ich ein Jahr in einer Großfirma als Handlungsgehilfe tätig.

Die mir bislang noch fehlende Gymnasialbildung holte ich mir in den nun folgenden Jahren teils in Privatschulen teils in Gymnasien. Die Reifeprüfung bestand ich Ostern 1927 „mit Auszeichnung" am staatl. kath. Gymnasium zu Neustadt Oberschl.

Von Wintersemester 1927/28 bis Sommersemester 1931 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau und Berlin und legte am 27. Juni 1931 am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen mit der Note „voll befriedigend" ab.

Einige Wochen später wurde ich zum Referendar ernannt. Ich erhielt kurze Zeit darauf Anstellung für mehrere Monate beim Arbeitsamt Neustadt O/S. Seit dem 1. August 1932 bin ich beim Magistrat Neustadt O/S. informatorisch beschäftigt.

Der mündlichen Prüfung für die Promotion zum Doktor juris habe ich mich am 1. März 1933 mit dem Prädikat „cum laude" unterzogen.

Neustadt Oberschl., im Mai 1933.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Bergmann, bin geboren am 17. April 1901 zu Neustadt Oberschl. als Sohn des Fabrikwebers Josef Bergmann in Neustadt Oberschl.

Ich besuchte acht Jahre die Volksschule und war im Anschluß daran bis zum 19. Lebensjahre Lehrling und zuletzt Bürogehilfe bei der Stadtverwaltung Neustadt. Im Sommer 1919 ging ich als Freiwilliger zum Schlesischen Grenzschutz (Schützen-Regiment Nr. 15). Dort wurde ich mit dem Schlesischen Adler ausgezeichnet. Danach war ich ein Jahr in einer Großfirma als Handlungsgehilfe tätig.

Die mir bislang noch fehlende Gymnasialbildung holte ich mir in den nun folgenden Jahren teils in Privatschulen teils im Gymnasium. Die Reifeprüfung bestand ich Ostern 1927 „mit Auszeichnung“ am staatl. kath. Gymnasium zu Neustadt Oberschl.

Vom Wintersemester 1927/28 bis Sommersemester 1931 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten Breslau und Berlin und legte am 22. Juni 1931 am Oberlandesgericht in Breslau das Referendarexamen mit der Note „voll befriedigend“ ab.

Einige Wochen später wurde ich zum Referendar ernannt. Ich erhielt kurze Zeit darauf Anstellung für mehrere Monate beim Arbeitsamt Neustadt O/S. Seit dem 1. August 1932 bin ich beim Magistrat Neustadt O/S. informatorisch beschäftigt.

Der mündlichen Prüfung für die Promotion zum Doktor juris habe ich mich am 1. März 1933 mit dem Prädikat „cum laude“ unterzogen.

Neustadt Oberschl., im Mai 1933.

Druck von Carl Seyffarth, Liegnitz.